

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DIREITO

MAURÍCIO PEREIRA CABRAL

DEMURRAGE: A Sobre-Estadia de Contêiner no Transporte Marítimo Internacional

FLORIANÓPOLIS
2013

MAURÍCIO PEREIRA CABRAL

DEMURRAGE: A Sobre-Estadia de Contêiner no Transporte Marítimo Internacional

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção de título de Bacharel em direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto


FLORIANÓPOLIS
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

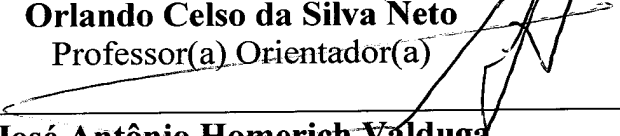
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Demurrage: a sobre-estadia de contêiner no transporte marítimo internacional**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Maurício Pereira Cabral**, defendida em **27/11/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 27 de Novembro de 2013



Orlando Celso da Silva Neto
Professor(a) Orientador(a)



José Antônio Homerich Valduga
Membro de Banca



Everton das Neves Gonçalves
Membro de Banca

Dedico este trabalho a Maria Helena, porto seguro em minha navegação.

AGRADECIMENTOS

Após cinco anos de graduação é arriscado enumerar as pessoas que de alguma forma contribuíram na caminhada que agora se encerra.

Primeiramente, impossível não pensar na família como fonte de energia para os passos realizados nessa caminhada. Dessa forma, a primeira pessoa que merece meus agradecimentos é minha mãe, Maria Helena, que apoiou meu ambicioso sonho de sair de uma cidadezinha do interior em busca de um futuro melhor, mesmo com todas as incertezas e com aquele receio materno de ver seu filho em uma situação difícil.

Segunda pessoa que merece meus agradecimentos também é da família. Minha prima Silmara (Mara) que me abrigou em sua casa nos seis meses mais difíceis da minha vida, mesmo sendo eu pessoa praticamente desconhecida para ela.

A partir do momento em que me fixei em Florianópolis há pessoas que por mim passaram que foram determinantes para a pessoa que sou agora, seja no sentido profissional como no pessoal.

Entre essas pessoas, a primeira é a Rô, secretária do EMAJ. Minha primeira chefe em Florianópolis, sua companhia todas as manhãs com um carinho materno ajudou a superar a distância da família.

Tenho que agradecer à UFSC pelo sistema de auxílios que possui. Pode não ser o melhor, mas garantiu meus primeiros anos na Universidade.

Também tenho que agradecer a Viviane, que permitiu minha morada na Casa do Estudante Marista desde o final de 2009, cuja relação passou de profissional para uma amizade sincera e a convivência diária ajudou a superar a solidão de quem vive sozinho. Da mesma forma, agradeço a todos os moradores que por lá estão ou já passaram. Festas, risos e lamentos pela distância de casa ajudaram a construir grandes amizades.

Depois da passagem pelo EMAJ convivi durante dois anos com pessoas maravilhosas durante meu estágio no Conselho dos Representantes Comerciais – CORE. A todos agradeço o carinho, as brincadeiras diárias. Em especial tenho que agradecer ao Dr. Eduardo, meu supervisor durante aqueles dois anos. Pessoa amiga que sempre me alertou em manter a humildade. Guardo todos os momentos de alegria e conselhos.

Passados os dois anos no Conselho a vida me fez encontrar pessoas maravilhosas ao iniciar meu estágio junto ao gabinete do Vereador Dr. Ricardo.

Olhando o trabalho dos movimentos sociais muitos dos meus preconceitos caíram. Foi um ótimo aprendizado e local onde me senti mais a vontade, por estar com pessoas com uma história de vida semelhantes a minha.

Agora, no atual estágio dessa corrida, encontrei um ambiente não imaginado nem nos melhores sonhos daquele rapaz que com 17 anos saía de casa para tentar algo melhor. Foi no escritório Blasi & Valduga que defini minha carreira e que nasceu o tema deste trabalho. Obrigado a todos pela amizade e paciência com meu “delay”, afinal, acompanhar o ritmo dos melhores não é fácil. Em especial, agradeço a Dra. Ana e o Dr. Valduga que me deram a oportunidade de trabalhar com eles. Talvez eles não façam ideia da transformação que isso resulta em minha e vida e da minha família. Tenho vocês como parâmetro de profissional que almejo ser.

Com este trabalho encerra-se uma corrida de cinco anos. Fui um dos últimos classificados para a corrida, muitos acreditavam que eu não merecia correr com eles (talvez porque não tive a oportunidade de fazer o mesmo treinamento que eles fizeram). Tudo o que eu tinha eram sonhos. A todo o momento tive que correr enquanto todos caminhavam. Hoje vejo que a corrida não acabou com meu fôlego e alcancei, apesar de não ter a mesma preparação física que os demais, a linha de chegada da mesma forma que todos os outros, como comprova a prova da OAB.

Assim, obrigado a todos que contribuíram nesse capítulo da minha vida.

RESUMO

Este trabalho aborda a questão da sobre-estadia dos contêineres no transporte marítimo internacional. Para isso, buscou-se analisar o conjunto de normas que forma o direito de transporte brasileiro, de modo a compreender a forma que o transporte é regulamentado no Brasil. Buscou-se analisar os tratados internacionais sobre transporte marítimo internacional, sujeitos envolvidos no transporte marítimo internacional e as regras consuetudinárias que se aplicam. A análise desses dois sistemas permite reconhecer de forma completa a origem da sobre-estadia e os sujeitos envolvidos, bem como a responsabilidade e as normas aplicáveis no desembarque das mercadorias, momento em que nasce a sobre-estadia, de modo a definir uma natureza jurídica à sobre-estadia. No trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo, de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Transporte marítimo internacional. Sobre-estadia. *Demurrage*. Conhecimento de Transporte. Responsabilidade no transporte marítimo.

ABSTRACT

This essay analyzes the demurrage of containers in the international maritime transport of goods. The present work searches and studies the Brazilian rules on maritime law, specially transport. It also covers international treaty about maritime transport, relevant parties and the *lex mercatoria*. The study of these two systems makes it possible to understand the legal nature of demurrage, the parties liable for payment of fees as well as applicable rules concerning the landing. This paper used the deductive reasoning and bibliographical research.

Key-words: International carriage of goods by sea. Lay time. Demurrage. Bill of Lading. Obligations in maritime transport.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. BREVE ANÁLISE DO DIREITO DE TRANSPORTE BRASILEIRO	10
2.1. <i>Evolução Normativa e Científica do Direito de Transporte no Brasil.....</i>	<i>10</i>
2.1.1. Regras do Período Imperial e República Velha	10
2.1.2. Mudanças na Era Vargas, República Populista e Ditadura Militar.....	13
2.1.3. As inovações realizadas pela Constituição Federal de 1988.....	18
2.1.4. Direito de Transporte Brasileiro no Século XXI	21
2.2. <i>A Natureza Jurídica do Contrato de Transporte, Espécies e Relação com os Ramos do Direito ..</i>	<i>24</i>
2.2.1. A Definição Jurídica do Contrato de Transporte pela doutrina clássica e seu reflexo no Código Civil de 2002	24
2.2.2. O Transporte de Pessoas e aplicação do CDC	27
2.2.3. O Transporte de Coisas e seu Caráter Comercial	30
2.3. <i>As Diferentes Modalidades do Contrato de Transporte.....</i>	<i>34</i>
2.3.1. O Transporte Terrestre.....	34
2.3.2. O Transporte Aéreo	36
2.3.3. O Transporte Aquaviário	39
2.3.4. O Transporte Multimodal de Cargas	42
3. O CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL: A RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNO E SUAS PARTICULARIDADES.....	45
3.1 <i>As Regras do Transporte Marítimo Internacional</i>	<i>45</i>
3.1.1 Os Contratos Internacionais de Natureza Comercial.....	45
3.1.2 As regras consuetudinárias da <i>Lex Mercatoria</i> e aplicação dos <i>Incoterms</i>	48
3.1.3 As Regras do Conhecimento de Transporte no Contrato de Transporte Marítimo Internacional ..	52
3.2 <i>Aplicação das Normas de Transporte Marítimo Internacional no Direito de Transporte Brasileiro ..</i>	<i>56</i>
3.2.1. Ratificação de Tratados e Convenções Internacionais no Sistema Jurídico Brasileiro	56
3.2.2. Conflito de Normas no Comércio Internacional e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ..	58
3.2.3. O Conflito de Normas no Conhecimento de Transporte Internacional.....	60
3.3 <i>Os Personagens no Transporte Marítimo Internacional.....</i>	<i>63</i>
3.3.1. Os Sujeitos do Transporte Internacional.....	63
3.3.2. Órgãos de Regulamentação e Fiscalização do Transporte Internacional com reflexos internos ..	64
4. A SOBRE-ESTADIA DO CONTÊINER NO TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL.....	66
4.1 <i>A Natureza Jurídica da Demurrage no Sistema Jurídico Brasileiro.....</i>	<i>67</i>
4.1.1 A origem do conceito de sobre-estadia pelo Código Comercial	67
4.1.2 A sobre-estadia do contêiner na importação	68

4.1.3 A sobre-estadia como cláusula penal moratória.....	69
4.1.4 O transporte com contêineres como transporte multimodal.....	74
4.2 A Responsabilidade pela ocorrência da Sobre-estadia.....	76
4.2.1 A atuação dos sujeitos no transporte e legitimidade na cobrança da <i>demurrage</i>	76
4.2.2 Abusividade do termo de responsabilidade pela devolução do contêiner	78
4.2.3 Vedação ao despachante aduaneiro pactuar termo de responsabilidade pela devolução dos contêineres	82
4.2.4 Direito de Regresso em face da União	84
4.3 O Prazo de Prescrição da Sobre-estadia do Contêiner.....	86
4.3.1 As normas sobre prescrição no direito de transporte.....	86
4.3.2 As principais correntes jurisprudenciais sobre prescrição na sobre-estadia do contêiner	89
4.3.3 A aplicação da prescrição anual da Lei de Transporte Multimodal	93
5. CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	98

1. INTRODUÇÃO

O primeiro olhar ao presente trabalho pode trazer a ideia de que a matéria abordada é uma matéria nova, porém, o transporte marítimo é um dos mais antigos ramos de transporte, de modo que o conceito de sobre-estadia não é novo.

Desde as normas mais remotas sobre transporte marítimo, sendo no direito brasileiro o Código Comercial a referência, a natureza jurídica da sobre-estadia, também denominada *demurrage*, enfrenta inúmeros debates, seja em razão da evolução do modal marítimo, seja pela falta de compreensão dos institutos do qual ela deriva.

O comércio exterior brasileiro tem crescido nos últimos anos. Segundo dados da Balança Comercial Brasileira apresentada pelo Ministério do Desenvolvimento, o crescimento no ano de 2010 e 2011 foi de, respectivamente, 36,6% e 25,7%, sendo que em 2012 houve uma retração de 3,4%. O primeiro semestre de 2013 já mostra expansão de 2,0% sobre o mesmo período de 2012. Como a estrutura portuária não está preparada para esse aumento de volume comercial, os atrasos principalmente nos procedimentos administrativos para liberação das mercadorias ocorrem inevitavelmente. É esse atraso um dos maiores motivos da sobre-estadia dos contêineres.

Movimento contrário ocorre na legislação. As regras brasileiras sobre a matéria sobre-estadia ficaram paradas no tempo. A única norma a regulamentar a sobre-estadia é o Código Comercial, que desde 1850 não sofreu qualquer alteração legislativa sobre a matéria. Aliás, a única modificação legislativa foi em relação à prescrição na sobre-estadia. O Código Civil de 2002 revogou parcialmente o Código Comercial, com o intuito de acompanhar a moderna doutrina sobre a antiga ‘teoria dos atos de comércio’, porém, tal ato acabou por eliminar o artigo que regulamentava a prescrição na sobre-estadia, gerando um dos maiores debate em matéria de sobre-estadia de contêineres, sem expectativas de pacificação até o momento.

Nosso Código Comercial ainda regulamenta uma forma de sobre-estadia que caiu em desuso, que é a sobre-estadia do navio, derivada do contrato de fretamento. Tal contrato permitia a locação de parte do navio para o transporte de mercadorias.

Hoje as mercadorias são transportadas em contêineres, de modo que a sobre-estadia decorre da não devolução do contêiner ao transportador no período pactuado.

As diferentes vozes jurisprudenciais sobre a matéria fazem da *demurrage* um dos temas de maior insegurança jurídica no atual cenário jurídico, pois não há qualquer definição concreta acerca de sua natureza jurídica, seu prazo prescricional, sujeito ativo e sujeito passivo da *demurrage*.

Diante desse cenário, e pela ausência de estudo doutrinária sobre o tema, o presente trabalho busca, aliado a uma análise do sistema de transporte brasileiro com o transporte marítimo internacional, ao menos apontar detalhes da operação de transporte e dos sujeitos dela concorrente, de forma a compreender melhor a chamada *demurrage*.

A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho foi a dedutiva, com procedimento auxiliar metodológico histórico. A pesquisa abrange material bibliográfico, jurisprudência e legislação.

2. BREVE ANÁLISE DO DIREITO DE TRANSPORTE BRASILEIRO

Os aspectos jurídicos das relações que envolvem o contrato de transporte, na definição de Fernando Mendonça¹ aqui adotada, caracterizam a disciplina denominada Direito dos Transportes.

Hoje o direito de transporte brasileiro envolve diversos campos da ciência jurídica a depender dos entes envolvidos na relação do contrato de transporte, estendendo-se pelo direito internacional, direito marítimo, direito comercial, direito do consumidor, direito administrativo, entre outros.

O direito de transporte pode ser estudado sob a ótica normativa interna, também conhecida como doméstica ou nacional, como pode ser analisado sob a ótica internacional, também denominado externo. Neste capítulo será analisada de forma sintetizada especialmente a evolução normativa e científica do direito de transporte nacional nas modalidades terrestre, englobando o transporte rodoviário e ferroviário, modalidade aquaviário, compreendendo o transporte fluvial e marítimo, e a modalidade aérea. Os dois últimos modais em um primeiro momento continham regulação autônoma, porém, com a promulgação do novo Código Civil em 2002 e com a criação do Sistema Nacional de Viação pela Lei n. 12.379, de 06 de janeiro de 2011, compõem hoje um sistema unificado que pode ser definido e reconhecido como Direito de Transporte.

Assim, antes de analisar a atual conjuntura normativa e científica do direito de transporte, pertinente traçar breves linhas sobre a evolução histórica da regulação do transporte em nosso sistema jurídico.

2.1. Evolução Normativa e Científica do Direito de Transporte no Brasil

2.1.1. Regras do Período Imperial e República Velha

¹ Diz Mendonça: *Como fonte de obrigações, transporte é o contrato pelo qual alguém se obriga a conduzir pessoas ou coisas de um lugar para outro. (...)Num sentido abrangente, compreende os atos, meios e contrato. Aparece com esse sentido na denominação da disciplina: Direito dos Transportes.* MENDONÇA, Fernando. *Direito dos Transportes*. 2 ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p 2.

A primeira sistematização do direito de transporte pelo Sistema Jurídico Brasileiro ocorreu na metade século XIX, com a promulgação do Código Comercial em 1850. O referido código regulamentava duas modalidades de transporte: o transporte terrestre e o transporte marítimo.

O transporte terrestre possuía escassa regulamentação limitada ao Título III da Primeira Parte do Código Comercial, denominado *Dos agentes auxiliares do comércio*, o qual tratava no capítulo VI denominado *Dos condutores de gêneros e comissários de transportes*, regras básicas dispostas nos artigos 99 a 118 do Código². Como ensina a professora Maria Helena Diniz:

O contrato de transporte, apesar de ser um dos negócios jurídicos mais usuais, não foi regulamentado pelo Código Civil de 1916, e muito escassamente disciplinava o Código Comercial, referindo-se apenas nos arts. 99 a 118 os condutores de gêneros e comissários de transporte³.

O contrato de transporte terrestre não dispunha de capítulo especial, sendo considerado contrato atípico, em razão da precariedade dos meios de transporte terrestre à época, o que não justificava uma regulamentação mais intensa para essa modalidade. Tal precariedade fica evidente nos “instrumentos” de transportes enumerados no artigo 108 do Código Comercial, quais sejam: *as bestas, carros, barcos, aparelhos e todos os instrumentos principais e acessórios dos transportes*, como lembra Martins:

Era natural que assim acontecesse, pois, ao ser promulgado o Código em 1850, ainda eram por demais precários os meios de transporte terrestre utilizados no Brasil(...) Assim sendo, limitou-se o Código a tratar das atribuições e responsabilidades dos condutores de gêneros e comissários de transportes, a que considerava meros “agentes auxiliares do comércio” (Título III da 1ª parte), incluindo entre referidos condutores de gêneros os “banqueiros e tropeiros”, além de quaisquer outros “que do seu transporte se encarreguem, mediante uma comissão, frete ou aluguel”.⁴

Apesar da precariedade dos meios de transportes ao tempo da promulgação do Código Comercial, nota-se que regras similares permanecem presentes em nosso sistema jurídico, inclusive adotadas pelo Código Civil de 2002. Pode-se citar, por exemplo, as regras sobre responsabilidade do transportador (arts. 99, 101, 102, 103,

² BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial.

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 497.

⁴ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p 196.

104, 105, 106 e 107), os requisitos básicos do hoje denominado conhecimento de transporte (art. 100).

Com a evolução tecnologia em matéria de transporte terrestre, o sistema jurídico nacional foi adaptando suas regras à nova realidade. Nosso sistema normativo dedicado quase que exclusivamente ao transporte marítimo passou a priorizar o transporte terrestre, em um primeiro momento o transporte ferroviário e, a partir da segunda metade do século XX, o transporte rodoviário.

Já o transporte marítimo possuía ampla regulamentação no Código Comercial que constitui a base do Direito Marítimo preservado pela reforma realizada pelo Código Civil de 2002, ao qual toda a segunda parte do Código Comercial denominada *Do Comércio Marítimo* é dedicada, pois, em razão da tecnologia dos meios de transporte no período de promulgação do instituto comercial, era a única modalidade com proporções significativas.

Em seus 13 títulos estão regulamentados as normas sobre i) embarcações; ii) proprietários, compartes e caixas de navios; iii) capitães e mestres de navio; iv) piloto e contramestre; v) ajuste e soldadas dos oficiais e gente da tripulação, seus direitos e obrigações; vi) fretamentos; vii) contrato de dinheiro a risco ou câmbio marítimo; viii) seguros marítimos; ix) naufrágios e salvados (revogado pela Lei n. 7.542, de 26.9.1986); x) arribadas forçadas; xi) dano causado por abalroamento; xii) abandono; e xiii) avarias.

Até o final do século XIX o direito de transporte não sofreu alterações, sendo que o contrato de transporte terrestre era regido por regulamentos periodicamente renovados⁵, que permaneceu mesmo após a inauguração da primeira estrada de ferro do Brasil. Apenas em 1857, pelo Decreto n. 1.930⁶, passou-se a regulamentar o transporte ferroviário.

Com o fim do regime imperial e inaugurado o regime republicano, somente em 1922 surge no Brasil o Decreto n. 15.673/1922 que regulamenta de forma ampla a segurança e tráfego das estradas de ferro. Contudo, cabe frisar o sempre lembrado Decreto n. 2.681/1912, que em 07 de dezembro de 1912 inaugura no Brasil a responsabilidade objetiva em matéria de transporte. Voltado inicialmente para o

⁵ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 181.

⁶ BRASIL. Decreto n. 15.673 de 7 de setembro de 1922. Aprova o regulamento para a segurança, policia e trafego das estradas de ferro.

transporte ferroviário civil, a jurisprudência estendeu sua aplicação às demais modalidades de transporte terrestre e hoje é regra em todas as modalidades de transporte.

2.1.2. Mudanças na Era Vargas, República Populista e Ditadura Militar

O ano de 1930 marca uma revolução no contrato de transporte que merece atenção. Em 10 de dezembro de 1930 o Governo Provisório decreta o *Regulamento dos Conhecimentos de Transporte de mercadorias por terra, água, ou ar*, através do Decreto n. 19.473/1930. É a primeira norma a regulamentar de forma una as diferentes modalidades de transporte.

Também é nesse período que surge no ordenamento brasileiro a primeira norma sobre transporte aéreo através do Decreto n. 20.704/1931 que aprovou a Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, concluída em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929, pela Segunda Conferencia Internacional de Direito Privado Aéreo. Segundo seu artigo primeiro, tal norma era aplicável *a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou mercadorias, effectuado por aeronave, mediante remuneração. Applica-se igualmente aos transportes por aeronave effectuados gratuitamente por empresa de transportes aéreos*. As regras definidas na convenção englobam os documentos de transportes, neles incluídas as regras sobre conhecimento de embarque, além de regular a responsabilidade do transportador e a relação com os “transportes combinados”, hoje conhecidos como transporte multimodal.

Após sete anos da inclusão da Convenção de Varsóvia sobre transporte aéreo internacional surge a primeira codificação sobre direito aéreo no âmbito nacional com a instituição do Código Brasileiro de Ar, Decreto-Lei n. 483/1938. Seu Título I tratava do chamado direito público aéreo e o Título II era dedicado ao direito privado aéreo. Pertinente ao estudo ora proposto é o Capítulo III e IV da parte dedicada ao direito privado aéreo, que regulamentava o transporte aéreo, os documentos do transporte e a responsabilidade civil.

O ano de 1940 é marcado por uma audaciosa proposta de João Vicente Campos denominado “Anteprojeto de Lei Orgânica de Transportes”, publicado no Diário Oficial em 05 de julho de 1940. Como definido por Vicente Campos *o Projeto*

*cogita das normas relativas aos transportes: terrestres, marítimos e aéreos. Obedece à unicidade indiscutível dos princípios do direito sobre esse gênero de relações*⁷. Tal proposta nunca foi levada à votação, sendo que Sampaio de Lacerda expôs em seu

⁷Pelo conteúdo histórico vale transcrever visionária justificativa do projeto de Campos Vicente: *O Direito Marítimo anda conta, é certo, numerosos sustentadores de sua peculiaridade. Esses estranharão nossa iniciativa, lançando-a à conta de ariscada aventura legislativa. Nada, entretanto, existe de científico ou de lógico na defesa do sistema atual que desmembra o contrato de transporte em transporte marítimo, transporte aeronáutico, transporte ferroviário e outros transportes. Há tão somente uma expressão retrograda, um conservatorismo miope, obstinadamente aferrado à trapagem bafienta de doutrinas em estado de coma. Ouçamos Andreis “Del contrato di trasporto - pag. 588): “Os transportes por via do mar, nestes tempos, não têm duração excessivamente superior aos transportes por via de terra — e não apresentam riscos maiores que os transportes. — ora em período de imenso desenvolvimento, — por via aérea. Os horários, mesmo nas travessias oceânica, são respeitados nas linhas regulares, como nas estradas do ferro. Ademais devemos ter presente que nos transportes internacionais raramente é usado um único meio de transporte; a mercadoria ou o viajante servem-se da ferrovia, da embarcação, do aeroplano, etc. Numerosas leis e convenções sobre o transporte aéreo disciplinam, com idênticas normas, a passagem da via aérea à terrestre e à marítima. O transbordo das mercadorias, dos navios aos vagões, ocorre diretamente quasi sempre mecanicamente, de modo que o perigo das avarias, nas operações de carga e descarga, — no passado terribilíssimo — está quasi anulado. Eis porque as relações entre expedidores, viajantes e transportadores assim como a disciplina da responsabilidade do transportador, devem ser reguladas pelos mesmos princípios, no mar ou na terra”. No mesmo sentido Asquini escrevia em 1931, na “Rivista di Diritto Commerciale”. 1922, p. 822 – “Na fusão do direito marítimo com o direito comercial nada há de arbitrário, basta pensar no perfeito paralelismo que existe entre as instituições de um e de outro ramo de direito: fretamento e transporte; seguro marítimo e terrestre; contrato de arrolamento e contrato de trabalho, etc. e que, reconhecido isto, a elaboração científica do Direito Marítimo poderia ser inspirada pela doutrina comercial”. Prova temos disso no fato de que a disciplina jurídica do contrato de transporte é quasi idêntica na Convenção de Berna sobre transportes ferroviários, na Convenção de Varsóvia, sobre transportes aéreos, na Convenção de Bruxelas sobre conhecimentos, nas disposições dos projetos italianos para o novo Código Comercial e Código Marítimo, no projeto Amélio, no projeto Rocco. E em 1931, a Sociedade das Nações encarregou um Comitê de Representantes da Câmara de Comércio Internacional da União Internacional de Ferrovias e Comissão Consultora Técnica de Comunicações e Transito, do estudo do conhecimento a ordem, para todos os gêneros de transportes. Notória é a dificuldade com que defronta o interprete que é obrigado a aplicar disposições quasi idênticas, colocadas em leis diversas e elaboradas em tempo diferente. Essa dificuldade, no Brasil, é tanto mais sensível quanto, em matéria do transportes, não temos nem doutrina, nem jurisprudência firmada. No nosso País ademais, falta um sistema de comunicações concatenadas e distribuídas com igualdade por toda a imensidade do nosso território, para galgar do hinterland à costa e da costa ao hinterland, a mercadoria usa de todos o gêneros de condução desde os mais primitivos até os mais aperfeiçoados veículos; não é assim possível, a menos que se despreze a realidade e conveniência da sociedade e do comércio, tratar cada transporte como um corpo separado. Não houvesse a razão jurídica para recomendar a orientação do Projeto esta se imporia pela simples noção do interesse nacional. CAMPOS, João Vicente. Anteprojeto de Lei Orgânica de Transporte. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Rio de Janeiro, n. 154, 05 jul. 1940. Seção I, p. 12784. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/DOU/1940/07/05>>, acesso em 28.09.2013.*

Curso que *tal anteprojeto, porém, mereceu, com razão, reparos sérios e crítica severa*⁸. Porém, hoje, a realidade caminha para a unificação pretendida por Vicente Campos.

Em relação ao transporte terrestre, surge no ano de 1941 o primeiro Código Nacional de Trânsito, Decreto-Lei n. 2.994, de 28 de Janeiro de 1941. Tal código permaneceu em vigor por aproximadamente oito meses, sendo revogado pelo Decreto-Lei n. 3.651/1941 que apesar de se autodefinir como “nova redação ao Código Nacional de Trânsito” revogou o código de janeiro.

Também é desse período o “Anteprojeto de Código de Obrigações” de Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Philadelpho Azevedo. Proposta ambiciosa que visava unificar pela primeira vez o direito obrigacional e adequar o ordenamento jurídico às novas práticas comerciais não comportadas pelos já defasados Código Comercial e Código Civil de 1916, que não reconheciam o contrato de transporte como contrato típico. A ousadia de lançar codificação específica sobre obrigações não agradou aos doutrinadores da época, mas se mostrou uma solução imediata à renovação necessária em matéria obrigacional. Apesar de não ser transformado em lei, o trabalho realizado no Anteprojeto de 1941 estabeleceu os fundamentos do direito obrigacional do Anteprojeto de Caio Mário da Silva Pereira na década de 1960 e do atual Código Civil de 2002.

Em matéria de transporte aquaviário nacional as maiores modificações legislativas ocorrem com a Segunda Guerra Mundial, a exemplo do Decreto-Lei n. 4.557/1942, sobre a entrada, saída e movimento interno de navios e embarcações nos portos e águas interiores brasileiras.

Após o Decreto 15.673 de 1922 outras normas em matéria de transporte ferroviário foram criadas, contudo, a partir de 1950 há uma decadência tanto legislativa como econômica do transporte ferroviário em razão do enorme incentivo ao transporte rodoviário promovido pelo Plano de Metas elaborado no governo de Juscelino Kubitschek.

Na década de 1950 surge importante regulamentação em matéria de Direito Marítimo, de forma a influenciar indiretamente na relação de transporte marítimo, que é a criação do Tribunal Marítimo através da Lei n. 2.180/1954.

⁸ LACERDA, J. C. Sampaio de. Curso de Direito Privado da Navegação – Direito Marítimo Vol I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1969. p. 40.

Também nos anos de 1950 surge uma inovação tecnológica em matéria de transporte que é o contêiner. Apesar de seu uso intenso no transporte aquaviário o uso do contêiner abrange todas as modalidades de transporte. A regulamentação de seu uso só ocorreu em 1965, através da Lei n. 4.907/1965.

A década de 1960 é marcada pelo Golpe Militar de 1964. O referido movimento realizou profundas mudanças estruturais na legislação pátria, buscando nas normas de transporte a reestruturação de sua infraestrutura. Algumas transformações ocorreram antes do golpe, como o Regulamento Geral de Transporte para as estradas de ferro brasileiras, promovido pelo Decreto n. 51.813 de 08 de março de 1963. Contudo, o início da renovação legislativa tem início com a Lei n. 4.592, de 29 de dezembro de 1964, que aprova o Plano Nacional de Viação, com previsão de obras reestruturais nas vias e terminais rodoviários, ferroviários, aéreos, marítimos e fluviais e também de conexões internacionais.

No mesmo ano é apresentado o “Anteprojeto de Código de Obrigações” de Caio Mário da Silva Pereira. O referido projeto apresentado em 29 de outubro de 1965 através do Projeto de Lei n. 3.264/1965 buscava dar êxito à proposta inaugurada em 1941 de renovar o direito obrigacional brasileiro. O Direito de Transporte possuía regulamentação no capítulo VIII do Título VI, denominado “Espécies de Contratos”, do artigo 537 ao artigo 562⁹. Na exposição de motivos do referido projeto Caio Mário destaca os objetivos do capítulo especial de transporte:

O contrato de transporte foi articulado com toda singeleza, visando a um aparelhamento prático da lei, para as soluções imediatas.

Compreende o de pessoas e o de coisas, assinalando o projeto a importância de fixar a responsabilidade do condutor. Na verdade, é um gênero de atividades muito freqüente, e é preciso que se determine que o transportador é responsável pelos danos às pessoas e às coisas transportadas, independentemente da apuração de sua conduta.

Procurei eliminar o efeito da cláusula excusativa da responsabilidade com que o condutor acredita acobertar-se dos ressarcimentos. Não deixei de mencionar o dever de transportar, por parte de quem mantém em tráfego veículo a isto destinado.

Dei tipicidade ao contrato do cruzeiro turístico, tão freqüente hoje em dia, definindo os deveres de quem promove a excursão.¹⁰

A proposta de Caio Mário enfrentou o mesmo problema do projeto de 1941, que era a regulamentação do direito de obrigações dissociada dos regramentos gerais do

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Anteprojeto de Código de Obrigações. Rio de Janeiro, 1964. p. 88-89.

¹⁰ Op. cit. p. 30.

direito privado em uma única codificação. Por esta razão em 21 de setembro de 1967 o projeto foi retirado de tramitação, porém, seus estudos foram posteriormente aproveitados no Anteprojeto do Código Civil de Miguel Reale, apresentado ao Congresso em 10 de junho de 1975.

O ano de 1966 é marcado pelo incentivo econômico. Nesse período foram estabelecidas *as normas para a recuperação econômica das atividades da Marinha-Mercante, dos Portos Nacionais e da Rede Ferroviária Federal S.A*, através do Decreto-Lei n. 5/1966.

Assim, no âmbito do transporte terrestre, surge o novo Código Nacional de Trânsito, Lei n. 5.180/1966. No âmbito do transporte aéreo é decretado o Novo Código Brasileiro do Ar, Decreto-Lei n. 32/1966. Em relação ao transporte marítimo é outorgado o Decreto-Lei n. 116/1967, que *dispõe sobre as operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água nos portos brasileiros, delimitando suas responsabilidades e tratando das faltas e avarias*.

No período do *Milagre Econômico* da década de 1970, o Governo Emílio G. Médici aprova no ano de 1973 o *Plano Nacional de Viação*, pela Lei n. 5.917 de 20 de setembro daquele ano. Tal norma é a base do Direito de Transporte Brasileiro ainda em desenvolvimento. Interessante observar que somente em 2005 tal norma foi regulamentada através do Decreto n. 5.621, no Governo Luiz Inácio Lula da Silva, como lembra Corrêa-Lima¹¹.

Ainda na década de 1970 foi promulgada a Lei n. 6.288/1975¹² alterando a legislação relativa à utilização de contêiner no transporte. O artigo 8º da referida lei veio regulamentar uma nova realidade do transporte, que é a utilização de um único contrato para envio de mercadorias por duas ou mais modalidades de transporte, o chamado “transporte intermodal”. Também era regulamentado no referido artigo o transporte de contêineres utilizado por um único modal, ou seja, uma única forma de transporte, ou ainda de maneira segmentada, com modalidades e contratos diversos, ou de maneira sucessiva, quando utiliza veículos de mesma modalidade.

Também é da década de 1970 o Anteprojeto de Código Civil de Miguel Reale, atual Código Civil, encaminhado ao Ministro de Estado da Justiça em 06 de

¹¹ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹² BRASIL. Lei 6.288 de 11 de dezembro de 1975. Dispõe sobre a utilização, movimentação e transporte, inclusive intermodal, de mercadorias em unidades de carga.

junho de 1975 e encaminhado ao Congresso Nacional em 10 de junho do mesmo ano. Tal projeto unificava pela primeira vez no ordenamento pátrio as normas gerais do Direito das Obrigações e do Direito Comercial. Contudo, cabe frisar alerta realizado pelo próprio autor do anteprojeto do atual Código Civil:

Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos específicos, que, com aquelas matrizes, continuam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial. Como foi dito com relação ao Código Civil italiano de 1942, a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, no campo das obrigações, é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar a autonomia daquelas disciplinas. No caso do Anteprojeto ora apresentado, tal autonomia ainda mais se preserva, pela adoção da “técnica da legislação aditiva”, onde e quando julgada conveniente.¹³

Portanto, há de se observar a particularidade de cada disciplina, a exemplo da proposta realizada no presente trabalho em relação ao Direito do Transporte.

A título de informação, o Anteprojeto de Código Civil de 1975 foi aprovado na Câmara dos Deputados apenas em 1984 e, em razão das transformações ocorridas com a transposição do regime militar para o regime democrático e com as crises econômicas e políticas do início da década de 1990, o Projeto só foi instituído em 10 de janeiro de 2002, por meio da Lei n. 10.406, entrando em vigor no ano de 2003.

2.1.3. As inovações realizadas pela Constituição Federal de 1988

A década de 1980 é marcada pela abertura política no Brasil e o fim da ditadura militar. Nessa década ocorrem algumas mudanças em relação às normas sobre transporte, sendo seu ápice a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em relação à regulamentação específica, imperioso citar o novo Regulamento dos Transportes Ferroviários, Decreto n. 90.959 de 14 de fevereiro de 1985, e a instituição do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 7.565/1986 atualmente em vigor.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988 o direito de transporte sofre algumas alterações, como a criação de garantias constitucionais ao transporte coletivo, sendo o transporte de mercadorias a matéria que sofreu maior reforma, através do constituinte derivado.

¹³ BRASIL. Senado Federal. Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. p. 31.

A exploração do serviço de transporte de caráter público já era reconhecida como competência exclusiva da União desde a Constituição Federal de 1934¹⁴. Portanto, a Constituição Federal de 1988 não inovou ao definir o transporte como serviço público. A inovação surge em relação à competência legislativa em matéria de transporte.

A Constituição Federal de 1988 determina como competência exclusiva da União explorar os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, por meio de concessão, permissão ou autorização ou ainda diretamente, assim como o rodoviário interestadual e internacional (art. 21, XII, 'd' e 'e'), além de legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI), concedendo aos Municípios a competência para legislar, organizar e prestar diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, o transporte coletivo (art. 30, V). O referido artigo 30, V da Constituição Federal merece atenção, pois dá ao transporte coletivo caráter essencial, ou seja, o transporte coletivo é garantia constitucional essencial a ser oferecida pelos Municípios. Como a Carta Magna não definiu matéria de transporte intermunicipal, a competência é dada aos Estados-membros por força do artigo 25, § 1º da Constituição.

Outra inovação criada pela Constituição de 1988 em matéria de transporte é a transferência de competência tributária sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal aos Estados, originalmente no artigo 155, I, 'b' e hoje, através da Emenda Constitucional n. 3 de 1993, artigo 155, inciso II.

Em relação às regras sobre legislação de transporte aéreo, aquático e terrestre, previstas no artigo 178 da Constituição Federal, houve profunda modificação promovida pela Emenda Constitucional n. 7 de 1995, que garantiu uma maior abertura do comércio de transporte ao mercado externo.

Sobre as alterações promovidas pela referida emenda cabe ressaltar o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior historicamente eram privativos de embarcações nacionais. A Emenda Constitucional n. 7 de 1995 simplificou o regramento constitucional detalhado sobre a matéria, determinando à lei estabelecer as condições em que o transporte de cabotagem pode ser feito por

¹⁴ Dizia o Artigo 5º da referida Constituição, em seu inciso VIII: *Compete privativamente à União: explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado.* BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 28.09.2013.

embarcações estrangeiras. Hoje o transporte de cabotagem é regulamentado pela Lei n. 9.432/1997. Já o transporte internacional será regido pelas normas e acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

As crises econômicas enfrentadas pelo Brasil nas décadas de 1980 e início da década de 1990 dificultaram a aplicação das mudanças trazidas pela Constituição de 1988. Vale destacar nesse período o Regulamento do Transporte Ferroviário de Produtos Perigosos, Decreto n. 98.973 de 21 de fevereiro de 1990. Somente com a estabilidade econômica e o crescimento interno, surgem novas normas em matéria de transporte aquaviário, evolução normativa ainda em andamento.

Contudo, em 1990 surge no ordenamento jurídico brasileiro instituto que afeta diretamente todas as modalidades de negócio jurídico que envolva o consumidor, transformação ocorrida através da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, que *dispõe sobre a proteção do consumidor*, intitulado simbolicamente de Código do Consumidor. Tal instituto deixou profundas marcas no contrato de transporte, de modo a acentuar de forma significativa as diferenças entre o transporte de pessoas e o transporte de coisas, bem como a aplicação dos institutos comerciais, civis ou consumerista, a depender dos personagens do negócio jurídico.

Quanto às inovações específicas do Direito de Transporte Brasileiro, o marco temporal principal ocorre em 1996, com o novo Regulamento dos Transportes Ferroviários, Decreto n. 1.832 de 04 de março de 1996, norma atualmente em vigor, sendo as inovações no transporte marítimo promovidas com a promulgação da já mencionada Lei n. 9.432/1997 que *dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário* e a Lei n. 9.537/1997 sobre a *segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional*. No ano de 1998 é promulgada a mais recente norma em transporte marítimo, que é a Lei n. 9.611/1998 que dispõe sobre o transporte multimodal de cargas, revogando a norma de 1975. O texto normativo da lei do transporte multimodal é muito semelhante ao estabelecido no *Acordo para Facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*, assinado em 30 de dezembro de 1994 e incorporado à legislação brasileira pelo Decreto n. 1.563 de 19 de julho de 1995. No transporte terrestre ganha destaque o novo Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503/1997.

2.1.4. Direito de Transporte Brasileiro no Século XXI

A primeira década do século XXI demonstra tendência a uma profunda reestruturação do Direito de Transporte, fortalecendo-o como disciplina científica e sistema unificado. Em 2001 o Governo Fernando Henrique Cardoso lançou o projeto de reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, com suas respectivas agências regulamentadoras, através da Lei n. 10.233/2001.

No ano de 2002 com a promulgação do Novo Código Civil em tramitação no Congresso desde a década de 1970, o sistema normativo privado brasileiro sofre enorme reestruturação, que afeta sobremaneira o Direito de Transporte Brasileiro.

Como apresentado, até o advento do Código Civil de 2002 o contrato de transporte era contrato inominado, sendo o Direito de Transporte Brasileiro regulado por diversas normas esparsas, incluindo os tratados e convenções internacionais, e pelo Código Comercial. Como apontava Fernando Mendonça *temos, no Brasil, disciplina fragmentária sobre transportes*¹⁵.

A proposta realizada no capítulo XIV, denominado Do Transporte, Título VI, Livro I da parte especial do Código Civil de 2002, artigos 730 a 756, é uma unificação do instituto ‘contrato de transporte’ em regras gerais comuns a todas as modalidades de transporte, caracterizando-o como contrato típico, e, ao mesmo tempo, o reconhecimento da disciplina ‘Direito de Transporte’. Tal unificação comprometeu a doutrina que buscava dar independência ao contrato de transporte das modalidades marítimas e aéreas, em razão dos institutos autônomos do Direito Marítimo e Direito Aeronáutico. Ocorre que com a evolução tecnológica dos dias atuais, que mais do que nunca une as diferentes modalidades de transporte, a exemplo do transporte multimodal, o Direito de Transporte exige um regramento unificado do contrato de transporte, pelo menos em relação aos princípios gerais.

A unificação da matéria vai ao encontro do que ensinava Fernando Mendonça no início da década de 1990 e com o Anteprojeto de Lei Orgânica de Transporte do precursor João Vicente Campos:

Nada, entretanto, existe de científico ou de lógico na defesa do sistema atual que desmembra o contrato de transporte em transporte marítimo, transporte aeronáutico, transporte ferroviário e outros transportes. Há tão-somente uma

¹⁵ MENDONÇA, Fernando. Direito dos Transportes. 2 ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 13.

expressão retrógrada, um conservadorismo míope, obstinadamente aferrado à trapagem bafienta de doutrinas em estado de coma.¹⁶

A proposta do Código Civil de 2002 realizada por Miguel Reale na década de 1970, nesse ponto, vai ao encontro do que propunha o Anteprojeto do Código de Obrigações, de autoria do professor Caio Mário da Silva Pereira. Nas palavras de Reale em sua exposição de motivos, ao citar os objetivos do Livro “Do Direito das Obrigações”:

Disciplinar o contrato de transporte que tem existido entre nós como simples contrato inominado, com base em normas esparsas. A solução normativa oferecida resulta dessa experiência, à luz dos modelos vigentes em outros países, com precisa distinção entre transporte de pessoas e transporte de coisas.¹⁷

Assim, foram estruturados de forma sistemática pelo Código Civil os princípios gerais do contrato de transporte em âmbito nacional, sendo as leis especiais agora de caráter complementar.

Há de se observar, como frisado por Miguel Reale na exposição de motivos do Código de 2002 aqui já transcrito, a proposta do atual Código Civil não elimina a independência da matéria como disciplina. Também deve restar claro que as normas do Código Civil são aplicáveis exclusivamente ao transporte interno, já que o transporte internacional, como apontado anteriormente, é regido pelas normas e acordos internacionais firmados pela União, conforme *caput* do artigo 178 da Constituição Federal.

Exemplo recente de norma especial internacional em matéria de transporte é a do Decreto n. 5.910/2006 que promulga a *Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999*, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 59 de 18 de abril de 2006. A referida Convenção procura modernizar as regras estabelecidas pela Convenção de Varsóvia de 1929, acolhida no ordenamento brasileiro pelo Decreto n. 20.704/1931. A Convenção de Montreal possui aplicação plena nas relações estritamente comerciais, sendo que quando aplicada ao transporte de pessoas ou

¹⁶ CAMPOS, João Vicente. Anteprojeto de Lei Orgânica de Transporte. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Rio de Janeiro, n. 154, 05 jul. 1940. Seção I, p. 12784.

¹⁷ BRASIL. Senado Federal. Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. p. 43.

transporte de coisas que envolva consumidor deve respeitar os princípios instituídos pelo Código do Consumidor.

No ano de 2007 é promulgada importante norma sobre transporte rodoviário de cargas, que busca atualizar referida modalidade com uma prática comercial até então regida pelo costume. A Lei n. 11.442/2007 que *dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração* traz em seu bojo as regras de operação e responsabilidade do transportador rodoviário de cargas. As normas estabelecidas pela lei de transporte terrestre por conta de terceiros possuem relevância em razão de este ser a única lei a regulamentar transporte realizado por conta de terceiro. Ainda que regule apenas a modalidade terrestre, as regras nela impostas orientam nas demais modalidades de transporte a operação de “transporte por conta de terceiro”, a exemplo do agente de cargas marítimo¹⁸, também conhecido por *freight forwards*, que possui regulamentação apenas em matéria tributária.

Por fim, mas não menos importante, cabe apontar a mais recente inovação do Direito de Transporte Brasileiro, que é a criação do Sistema Nacional de Viação pela Lei n. 12.379 de 2011. O Sistema Nacional de Viação (SNV) materializa a rede de integração existente entre as diferentes modalidades de transporte no âmbito interno, dando êxito ao Plano Nacional de Viação, projeto de 1973.

O SNV deriva do Projeto de Lei da Câmara n. 18/2000, de autoria do Poder Executivo. Sua aprovação no Senado ocorreu em dezembro de 2008, sendo aprovado na Câmara dos Deputados em dezembro de 2010. Sua previsão é constitucional, determinado pelo inciso XXI do artigo 21 da Constituição¹⁹.

Constituem o SNV a *infraestrutura física e operacional dos vários modos de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição dos diferentes entes da Federação*²⁰, conforme artigo 2º, com jurisdição composta pelo sistema de viação federal, estadual e municipal. Elege como modos de transporte o subsistema rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroviário.

¹⁸ Diz o §1º do art. 37 do Decreto-Lei n. 37/1966, que dispõe sobre o Imposto de Importação, com redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003: **O agente de carga, assim considerada qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos**, e o operador portuário, também devem prestar as informações sobre as operações que executem e respectivas cargas. (grifo nosso)

¹⁹ Diz o artigo 21, XXI da CF: Compete à União: (...) estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.

²⁰ BRASIL. Lei 12.376 de 06 de janeiro de 2011. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação - SNV.

Apesar de voltado com uma maior intensidade à integração estrutural e administrativa do Direito de Transporte, inegável que o SNV vai ao encontro da proposta de unificação da matéria de transporte realizada pelo Código Civil de 2002. Assim, a realidade atual mostra que o Direito de Transporte Brasileiro está unificado tanto em seus princípios gerais normativos como nos projetos políticos e em matéria administrativa.

2.2. A Natureza Jurídica do Contrato de Transporte, Espécies e Relação com os Ramos do Direito

2.2.1. A Definição Jurídica do Contrato de Transporte pela doutrina clássica e seu reflexo no Código Civil de 2002

O contrato de transporte sofreu grande discussão doutrinária na busca de uma definição de sua natureza jurídica, encerrando-se por completo com a promulgação do Código Civil de 2002.

Em um primeiro momento o contrato de transporte era típico contrato comercial, porém, em relação a sua natureza, atípico, tendo em vista não possuir regramento específico em lei. Nesse período havia doutrinadores que, na busca de uma melhor definição ao contrato de transporte, caracterizava-o como contrato de locação de serviços. Outros o definiam como contrato de depósito, em razão do transportador assumir obrigação de receber e guardar coisa a fim de entrega-la, existindo ainda aqueles que o classificavam como contrato de empreitada ou misto de locação e depósito²¹.

Contudo, com a evolução tecnológica e o aumento significativo do transporte no âmbito econômico, a doutrina foi reconhecendo o caráter autônomo do contrato de transporte. Orlando Gomes assim o definiu:

²¹ Nesse sentido dizia Manuel Inácio Carvalho de Mendonça: *O contrato de transporte é, sem dúvida, uma espécie de locação de serviço; mas nem por isso é um contrato consensual, que fique perfeito solo consensu. As obrigações das partes surgem nêle do momento da entrega da coisa, do receptum. Há, pois, um misto de locação e de depósito; de locação na obrigação de transportar; de depósito no recebimento das mercadorias e conseqüentemente obrigação de custódia e entrega real.* MENDONÇA, M. I. Carvalho de. *Contratos no Direito Civil Brasileiro – tomo II.* 4 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 110.

O desenvolvimento dos meios de transporte ensejou a realização de contratos em condições bem diferentes das que existiam quando, ainda primitivos, não eram explorados comercialmente em grande escala. O transporte, tanto de pessoas como de carga, constitui hoje atividade profissional que se realiza, de regra, sob a forma do contrato de adesão.²²

Fran Martins também não o reconheceu como contrato de locação, demonstrando de maneira cabal a autonomia do instituto:

Apesar dessas opiniões, o contrato de transporte não se confunde com a locação de serviços nem com o depósito. Constitui, na realidade, um contrato autônomo, em que há regras concorrentes ao depósito (guarda da coisa para entrega ao destinatário) e à prestação de serviços (transporte da coisa, de um lugar para outro), mas que se caracteriza por assumir o transportador essas obrigações conjuntamente, com peculiaridades que não se enquadram naqueles outros contratos. Assim, enquanto que, na locação de serviços, a prestação deve ser executada pessoalmente pelo locador, no transporte a empresa ou pessoa que se incumbe de transportar a coisa ou a pessoa pode fazê-lo individualmente ou por intermédio de outrem. Igualmente, se bem que o depositante, como o transportador, receba a coisa e se obrigue a guardá-la convenientemente (Código Civil, art. 1.266; Código Comercial art. 99), o depositário é obrigado a entregar a coisa no lugar em que ela foi depositada, enquanto que o transportador deve entregá-la em lugar diverso daquele em que a coisa foi entregue. Só esses dois exemplos servem para mostrar que, embora tenha pontos comuns com o depósito e a prestação de serviços, é um contrato autônomo, com características próprias, gerando obrigações específicas para ambas as partes contratantes.²³

Assim, do período anterior ao Código Civil de 2002 a melhor definição da natureza jurídica do contrato de transporte sempre citada pela doutrina pré-CC2002 é a realizada por Martins, que de fine: *por contrato de transporte entende-se aquele em que uma pessoa ou empresa se obriga a transportar pessoa ou coisa, de um local para outro, mediante o pagamento de um preço.*²⁴ É a definição usada hoje pelo Código Civil.

Superada a definição da natureza do contrato de transporte, muito se debateu sobre a classificação desse contrato. Pacífico era o entendimento quanto os caracteres jurídicos de: i) bilateralidade, já que gerava obrigações para ambas as partes contratantes; ii) onerosidade, por gerar vantagens para ambas as parte; iii) comutatividade, por tratar de prestações certas que não dependem de evento futuro, sendo na maioria das vezes um contrato de adesão; iv) não solene, pois independe de forma especial; v) adesão, em razão das cláusulas não serem livremente pactuadas entre

²² GOMES, Orlando. Contratos. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 361.

²³ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p 199.

²⁴ Op. cit. p 195.

as partes; e vi) em um primeiro momento inominado, sendo que antes mesmo da sua regulamentação pelo Código Civil de 2002 foi reconhecido pela doutrina como nominado, à época em razão das leis especiais.

A característica que sofreu maior debate na classificação do contrato de transporte foi sua classificação como contrato real ou contrato consensual. A doutrina que defendia seu caráter real justificava que o contrato de transporte só estaria perfeito com a entrega da coisa ou, no transporte de pessoas, o embarque do passageiro, sendo que antes da entrega ou embarque figuraria apenas como contrato preliminar²⁵. A doutrina que classificava o contrato de transporte como um contrato consensual era formado por Waldemar Ferreira, Fran Martins, Vivante, Navarrini, Georges e Fernando Mendonça. Este justificava que a classificação não poderia ser outra em razão de ser o consensualismo um dos princípios que regia o direito contratual²⁶. Portanto, basta o simples acordo de vontade dos contratantes para confirmação do contrato de transporte.

Hoje o referido caráter consensual é plenamente detectável no Código Civil, como nos mostra Corrêa-Lima em atualização da obra de Fran Martins:

É verdade que, no transporte de coisa, a execução do contrato se fará mediante a entrega do *objeto* pelo remetente: o próprio Código Civil estipula que a responsabilidade do transportador começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebe a coisa e termina quando ela é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado (art. 750). Esse fato, entretanto, se refere à *execução* do contrato, equivalendo a dizer o Código que a responsabilidade do transportador quanto a guarda e conservação da coisa, guarda e conservação que lhe são impostas pelos arts. 753 e 751 c.c. o art. 629 do Código Civil só tem início *no momento em que a coisa lhe é entregue*.²⁷

O contrato de transporte é obrigação de resultado, o que exige do transportador a entrega da mercadoria ou transporte do passageiro sem avarias ou danos, responsabilidade de natureza objetiva. Dessa forma, a entrega da coisa não representa a confirmação do contrato, mas sim sua execução²⁸.

²⁵ Mendonça aponta como doutrinadores favoráveis a essa classificação Vidari e Bruschettini, sendo o principal expoente Carvalho de Mendonça. MENDONÇA, Fernando. Direito dos Transportes. 2 ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 158.

²⁶ Mendonça aponta como favoráveis a essa classificação: Carvalho de Mendonça, Vidari, Bruschettini. Op. cit. p. 158.

²⁷ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 189.

²⁸ Corrêa-Lima identifica no art. 744 do Código Civil fundamento cabal do caráter consensual do contrato de transporte: *Poder-se-ia, talvez, alegar que, estipulando o art. 744 do Código Civil que tanto o*

Outro caráter que sofreu alteração não está relacionado diretamente ao contrato, mas ao Direito do Transporte. Inicialmente o exercício do transporte era essencialmente comercial e privado, portanto, plenamente abarcado pelo Direito Comercial²⁹. Contudo, como destacado no tópico anterior, a *exploração da navegação aérea, dos serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território* e os serviços de transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros, assim como o transporte coletivo municipal, é alçada pela Constituição Federal como serviço público³⁰, de modo que seu exercício se opera por execução própria do poder público ou por meio de concessão, permissão ou autorização.

Há de se destacar que a essencialidade comercial do contrato ainda permanece, como definido pelo próprio artigo 730 do Código Civil ao definir que a obrigação se dá “mediante retribuição”. Tal caráter se destaca em razão das partes contratantes e do objeto do transporte, acentuando-se o caráter comercial no transporte de coisas e o caráter público no de pessoas.

2.2.2. O Transporte de Pessoas e aplicação do CDC

A doutrina sempre definiu o contrato de transporte em duas espécies: o transporte de pessoas e o transporte de coisas, inclusive o Código Comercial já possuía capítulo especial sobre transporte marítimo de passageiros. Há doutrinadores que

remetente quanto o transportador, devidamente identificados, podem exigir-se mutuamente recibo, contendo relação discriminada das coisas, o contrato seria real, pois esse documento é que atesta a entrega da mercadoria e a vontade das partes de fazerem o contrato. Cumpre, entretanto, notar que o mesmo art. 744 deixa claro que o conhecimento prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no local de destino. Isso não quer dizer que o contrato só se conclui com entrega da coisa; pelo contrário, a entrega da coisa marca a execução do contrato, passando o transportador a responsabilizar-se pela sua guarda e conservação (Código Civil, art. 750), provando-se que a coisa lhe foi entregue pelo conhecimento de transporte. MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 189.

²⁹ Fran Martins destacava em seu manual que *o contrato de transporte é, por essência, comercial e por tal razão a lei civil não trata dele*. MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p 202.

³⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros: 2010. p. 497, 621 e 641.

incluíam uma terceira espécie de transporte, denominado de transporte de animais, porém, entende-se hoje que tal espécie foi incorporada ao transporte de coisas.

O transporte de pessoas deve ser analisado, em relação ao passageiro, sobre a ótica do direito civil, do direito do consumidor e, ao transportador, não só pelas normas civis e consumeristas, mas também pelas normas de direito administrativo relativas às permissões, concessões e autorizações, além das normas específicas de cada modalidade. É como ensina Coelho:

Quando o contratante do serviço é empresário e o objeto do contrato corresponde ao seu insumo – como nos casos de transporte de cargas, de empregados etc. –, o estudo é feito pelo direito comercial (Coelho, 1998, 3:154/157). O contrato de interesse do direito civil é aquele em que o transporte não é insumo de atividade empresarial do contratante do serviço. Quer dizer, cuida o direito civil do transporte consistente na prestação de serviços ao mercado consumidor (ônibus urbano, metropolitano, mudanças residenciais, transporte escolar etc.). Entre o transportador e o contratante há sempre relação de consumo, se o contrato de transporte é do interesse do direito civil. Por isso, tal como no caso de outros contratos (seguro, por exemplo), o transporte estudado pelos civilistas é regido não apenas pelo Código Civil (arts. 730 a 756), como também pelo Código de Defesa do Consumidor.³¹

Dessa forma, as regras comerciais possuem aplicação no transporte de coisas.

O transporte de pessoas, como diz Martins, possui dois elementos: a pessoa ou empresa que se propõe a realizar o transporte, denominado transportador, e aquele que será transportado, denominado passageiro³².

O contrato de transporte de pessoas deve ser oneroso e se evidencia pelo bilhete de passagem, que pode ser emitido ao portador, como ocorre com o bilhete de passagem aéreo, ou à ordem, comum no transporte rodoviário. O bilhete de passagem não é obrigatório para algumas modalidades de transporte de pessoas, a exemplo do transporte municipal³³. A responsabilidade no transporte de pessoas é objetiva, conforme dispõe o artigo 734 e artigo 735 do Código Civil.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Contratos. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 408.

³² MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 189.

³³ Diz o artigo 11 da lei sobre passagem no transporte coletivo: *As empresas que operam com linhas urbanas e de características semi-urbanas estão isentas de cumprir as disposições desta Lei.* Lei n. 11.975 de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre a validade dos bilhetes de passagem no transporte coletivo rodoviário de passageiros.

São regras gerais de obrigação no Código Civil, em relação ao transportado, realizar o transporte no tempo combinado e garantir a incolumidade do passageiro e de seus bens durante todo o percurso. Caso a viagem seja interrompida por fato alheio à vontade do transportador, cabe a este concluir o transporte contratado a suas custas, seja com veículo da mesma categoria ou de outra modalidade, desde que o passageiro esteja de acordo.

Ao passageiro, segundo o Código Civil, cabe cumprir as regras estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete de passagem ou afixadas em seu estabelecimento, deve também abster-se de realizar atos que causem incômodos ou prejuízos aos passageiros. O passageiro que concorre com o transportador pela ocorrência do dano terá indenização reduzida equitativamente pelo magistrado.

O transporte de pessoas comunica-se diretamente com as regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista ser patente relação de consumo. A exceção é o transporte de empregados realizado pelo empregador. A inovação do CDC ao contrato de transporte não está na responsabilidade objetiva do transportador, pois esta já era reconhecida desde 1912. A inovação está na ampliação da proteção do consumidor para além do contrato.

Com o regramento dado pelo Código Civil em 2002 houve uma ampliação de proteção do consumidor no contrato de transporte. Exemplo é o inciso II, parágrafo 3º do artigo 14 do CDC, que admite a exclusão da responsabilidade do fornecedor no caso de culpa exclusiva de terceiro. Tal regra não se aplica ao transporte de pessoas, em razão do artigo 735 do Código Civil, o qual expressamente não permite a exclusão³⁴.

Outro debate sobre aplicação do Código Civil era em relação às normas especiais de aviação no transporte internacional de pessoas e a tarifação de indenização. A jurisprudência já se posicionava pela aplicação do CDC em detrimento da Convenção de Varsóvia, hoje prevista pela Convenção de Montreal, visto o transporte de pessoas ser relação de consumo. O Código Civil encerrou a discussão ao considerar nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade (art. 734).

Assim, pacífico hoje o reconhecimento do passageiro como consumidor e aplicação do CDC à espécie contrato de pessoas e, em razão do artigo 732 do Código Civil, naquilo que for mais favorável ao passageiro aplica-se as normas do Código Civil.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 316.

2.2.3. O Transporte de Coisas e seu Caráter Comercial

O transporte de coisas é aquele em que, nas palavras de Martins, *uma pessoa entrega a outra ou a uma empresa determinado objeto para que, mediante preço estipulado, seja remetido à pessoa certa, em lugar diverso daquele em que a coisa foi entregue*³⁵. Essa é a melhor definição dada pela doutrina, visto que há doutrinadores que definem como “frete” o valor a ser pago ou até mesmo o nome da operação realizada pelo transportador. Apesar de popularmente conhecido por frete, tal definição pode gerar dúvidas quando se tratar de transporte marítimo, pois nessa modalidade existe o contrato de fretamento, que não possui qualquer relação com o contrato de transporte, como será oportunamente estudado.

Como demonstrado no tópico anterior, o transporte de pessoas interessa, de modo geral, ao direito civil e ao direito do consumidor. Ao transporte de coisas o direito do consumidor não está inteiramente relacionado, podendo ser aplicado em casos específicos, quando pactuada por consumidor ou a ele equiparado, como expõe o Enunciado 369 do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF): *Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este*.³⁶

Dessa forma, ao transporte de coisas interessa a legislação especial comercial, que pode ser nacional ou internacional, respeitadas as regras gerais do Código Civil.

O transporte de coisas é composto, em regra, por três pessoas: o destinatário, denominado consignatário, o remetente, também denominado expedidor, e

³⁵ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 192.

³⁶ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Código Civil e Legislação em Vigor. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262.

o transportador³⁷. O fato de conter um elemento a mais, comparado ao transporte de pessoas, já evidencia uma maior complexidade no transporte de coisas.

As normas gerais do transporte de coisas estão estabelecidas no artigo 743 ao artigo 756 do Código Civil, sendo que suas regras e responsabilidade variam de acordo com o modal utilizado no transporte.

O contrato de transporte evidencia-se pelo *conhecimento de carga*, também chamado conhecimento de transporte, que é emitido pelo transportador. Hoje cada modalidade de transporte possui regras próprias sobre conhecimento de carga, sendo que todas possuem estrutura semelhante à estabelecida pelo Decreto n. 19.473 de 10 de dezembro de 1930³⁸, que regulamentava os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, revogado pelo Decreto sem número de 25 de Abril de 1991.

Foi o Decreto n. 19.473/1930 que alçou ao conhecimento de transporte *status* de título de crédito representativos das mercadorias neles mencionadas. É título impróprio, da espécie “representativo”, *que permite a transferência, mediante endosso, da titularidade da coisa objeto do contrato de transporte*³⁹. Diz-se impróprio por não derivar de negocio cambial, ou seja, não tem por lastro uma operação de crédito.

Apesar da revogação realizada, ainda hoje permanece o reconhecimento do conhecimento como título de crédito, ainda que tal aspecto do conhecimento seja pouco

³⁷ Nesse sentido GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 490; e MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 192.

³⁸ Apesar de formalmente figurar como decreto, o regulamento dos conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água e ar possui, materialmente, força de lei. O Decreto n. 19.473/1930 foi imposto pelo então Chefe do Governo Provisório Getúlio Vargas que, naquela oportunidade, exercia os poderes do Executivo e do Legislativo em razão do *artigo 1º do Decreto n. 19.398, de 11 de novembro 1930*, que instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Dessa forma, o decreto sem número de 1991 não possui poderes para revogar a norma sobre conhecimento de transporte de mercadorias, de modo que se deve reconhecer o *status* de lei federal do regulamento de 1930 e, por conseguinte, sua vigência. O caso é idêntico ao ocorrido com o Decreto n. 23.258/1933, sobre as operações de câmbio, cuja nulidade da revogação foi reconhecida pelo Decreto de 14 de maio de 1998, assim como ocorrido com o Decreto n. 19.398/1933, que regula a prescrição de qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal. Sobre o primeiro o Superior Tribunal de Justiça possui pacífica jurisprudência reconhecendo sua vigência: *o Decreto 23.258/33, incluído o disposto nos arts. 3º e 6º, expedido pelo Governo Provisório da época, no exercício cumulativo das funções e atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo, com amparo no Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, mercê de sua recepção pelo ordenamento jurídico posterior com status de lei federal, não foi revogado pelo Decreto s/n de 25 de abril de 1991, em obediência ao princípio da hierarquia das leis.* (REsp 828.362/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008).

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Contratos. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 420.

utilizado na prática das operações de transporte, entendimento que se extrai do próprio Código Civil ao determinar que as mercadorias devam ser entregues ao destinatário, ou a quem *apresentar o conhecimento endossado*, além dos regramentos das diferentes modalidades de transporte.

Quanto às obrigações definidas no Código Civil, cabe ao remetente⁴⁰: a) entregar a coisa; b) pagar o frete; c) acondicionar, devidamente assinada, a relação discriminada das mercadorias a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento (CC, art. 744, parágrafo único); d) declarar a natureza e o valor das mercadorias entregues em envoltórios fechados; e) pagar acréscimos de despesa, mais perdas e danos, se houver, caso desista do transporte até a entrega da mercadoria e a peça de volta, ou ordene seja ela entregue a outro destinatário (CC, art. 748); f) não despachar mercadoria cujo transporte ou comercialização sejam proibidos, ou que venham desacompanhados dos documentos exigidos por lei ou regulamento (CC, art. 747); g) instruir o transportador sobre como proceder, caso ele lhe informe que o transporte não pode ser feito ou sofrerá longa interrupção (CC, art. 753); e h) remunerar o transportador se ele tiver que manter a mercadoria depositada em seus próprios armazéns (CC, art. 751).

Além das obrigações gerais definidas no Código Civil, são de responsabilidade do remetente os vícios próprios da coisa transportada, o dano proveniente de caso fortuito ou força maior, danos decorrentes do acondicionamento da coisa, exceto quando sob custódia do transportador, e dano decorrente das operações de carga e descarga quando de responsabilidade do expedidor⁴¹.

As obrigações conferidas ao transportador são⁴²: a) receber a mercadoria, transportá-la seguindo o itinerário ajustado para o transporte, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado, e entregá-la ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, no prazo ajustado ou previsto e lugar convencionado (CC, arts. 749 e 754); b) expedir o conhecimento de frete com a menção dos dados que identifiquem a mercadoria, obedecido o disposto em lei (CC, art. 744); c) reembalar a mercadoria, cuja embalagem seja inadequada ou possa por em risco a saúde

⁴⁰ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 203.

⁴¹ Op. cit. p 212 -213.

⁴² Op. cit. p 209.

das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens, caso prefira não recusá-la (CC, art. 746); d) verificar se a mercadoria está devidamente caracterizada pela sua natureza, valor, peso e quantidade, e o mais que for necessário para que não se confunda com outras e se o destinatário se acha indicado ao menos pelo nome e endereço (CC, art. 743); e) recusar a mercadoria cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento (CC, art. 747); f) solicitar incontinenti, instruções ao remetente e zelar pela mercadoria, se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção (CC, art. 753); e g) depositar a mercadoria em juízo, se tiver dúvida acerca de quem seja o destinatário e não lhe for possível obter instruções do remetente (CC, art. 755); ou vendê-la, depositando o saldo em juízo, se a demora puder ocasionar a deterioração da mercadoria (CC, art. 753, §1º), informar ao remetente do eventual depósito ou venda (CC, art. 753, §3º), responder pela guarda e conservação da mercadoria por ele depositada em seus próprios armazéns e responder, salvo motivo de força maior, pelo perecimento ou deterioração da mercadoria (CC, art. 753, §2º).

Também são de responsabilidade do transportador as perdas, furtos e avarias nas mercadorias transportadas, danos relativos à entrega da mercadoria fora do prazo ajustado e o não cumprimento de formalidades fiscais⁴³.

Quanto ao consignatário, cabe ressaltar que este não é necessariamente parte integrante na formação do contrato de transporte, de modo que não se faz necessário seu consentimento para que o contrato seja concluído. São direitos do consignatário receber a mercadoria, fazendo a entrega do conhecimento, ou endossar, em branco ou em preto, o conhecimento, respondendo pela existência e legitimidade da mercadoria. O consignatário possui também direito de reclamar ou protestar por avaria, atraso ou perda da mercadoria (CC, art. 754).

De modo geral, os prazos prescricionais sobre responsabilidade nos contratos de transporte de coisa são ânuos, a exemplo do artigo 9º do Decreto n. 2.681/1912 sobre transporte ferroviário, artigo 8º do Decreto-Lei n. 116/1967 sobre transporte de mercadorias por via d'água, artigo 22 da Lei n. 9.611/98 sobre transporte multimodal e artigo 18 da Lei n. 11.442/2007 sobre transporte rodoviário por conta e ordem de terceiro. A exceção fica no transporte aéreo, que possui prazo prescricional de

⁴³ MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 214-216.

dois anos, conforme artigo 317 do Código Brasileiro de Aeronáutica e artigo 35 Convenção de Montreal – Decreto n. 5.910/2006.

2.3. As Diferentes Modalidades do Contrato de Transporte

2.3.1. O Transporte Terrestre

Apesar de o sistema jurídico atual possuir regras e princípios gerais em matéria de transporte, há especificidades em cada modal que merecem atenção.

Como demonstrado na parte dedicada à evolução do Direito de Transporte, as diferentes modalidades e respectiva regulamentação ocorreram em compasso com a evolução tecnológica, de modo que atualmente possuímos três grandes modalidades de transporte: o transporte terrestre, o transporte aquaviário e o transporte aéreo.

O transporte terrestre hoje é regulamentado pela ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, criada pela Lei n. 10.233 de 05 de junho de 2001, responsável pela concessão de ferrovias, rodovias e transporte ferroviário, assim como exploração da infraestrutura, pela permissão do transporte coletivo regular de passageiros e responsável pela autorização de transporte de passageiros por empresa de turismo e sob regime de fretamento, transporte internacional de cartas, transporte multimodal e terminais⁴⁴.

O transporte terrestre possui duas submodalidades: o transporte ferroviário e o transporte rodoviário. Mendonça classifica as submodalidades como aspectos do transporte terrestre, sendo o rodoviário realizado por vias abertas à circulação pública e o ferroviário por vias não abertas⁴⁵.

O transporte ferroviário foi a primeira modalidade de transporte terrestre a possuir detalhada regulamentação, tendo em vista o transporte realizado pelos condutores de gêneros e comissários, regulamentado pelo Código Comercial em 1850 (arts. 99 a 118), não possuir à época grande expressão econômico. É da regulamentação da responsabilidade civil das estradas de ferro que se firma a responsabilidade objetiva

⁴⁴ ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. Competências. Disponível em <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4871/Competencias.html>. Acesso em 28.09.2013.

⁴⁵ MENDONÇA, Fernando. Direito dos Transportes. 2 ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 83.

nos contratos de transporte, estendida pela doutrina e jurisprudência a qualquer modalidade de transporte.

Hoje o transporte ferroviário encontra-se voltado principalmente ao transporte de carga, sendo o transporte de passageiros sobre trilhos limitados às linhas metropolitanas (metrô), apesar de a ANTT elencar o transporte de passageiros entre seus objetivos:

A atuação da ANTT tem como objetivos principais o aumento da produção do transporte de cargas, a integração entre as malhas ferroviárias, a eliminação de restrições operacionais e aumento da segurança, a integração com as demais modalidades, a implantação de trens turísticos e histórico-culturais, a ampliação do mercado de trabalho e da indústria ferroviária. As principais ações visaram ao estabelecimento de marcos regulatórios sobre normas e procedimentos de fiscalização e desempenho, fortalecimento empresarial das concessões, definição de metas de produção e segurança, tráfego mútuo e direito de passagem, usuário dependente e investidor, receitas acessórias, avaliação de trechos com baixa densidade de tráfego e trens turísticos e comemorativos.⁴⁶

O transporte ferroviário possui regulamento geral no Decreto n. 1.832 de 04 de março de 1996.

Sobre o transporte ferroviário de carga o referido regulamento determina que o contrato de transporte ferroviário estipule os direitos, deveres e obrigações dos contratantes, atendidos os requisitos legais, sendo o conhecimento de transporte instrumento que caracteriza o contrato, conforme dispõe os artigos 19 e 20 do decreto mencionado. A responsabilidade da Administração Ferroviária no contrato de cargas ferroviárias é objetiva, inclusive adotando os dispositivos do Decreto n. 2.681/1912 sobre responsabilidade civil no transporte ferroviário, conforme artigo 31 do Regulamento, com valor limitado ao declarado pelo expedidor e obrigatoriamente constante do conhecimento de transporte (art. 32, §1º). A responsabilidade da Administração Ferroviária será elidida diante de (art. 31): *a) vício intrínseco ou causas inerentes à natureza do que foi confiado para transporte; b) morte ou lesão de animais, em consequência do risco natural do transporte dessa natureza; c) falta de acondicionamento ou vício não aparente, ou procedimento doloso no acondicionamento do produto; d) dano decorrente das operações de carga, descarga ou baldeação efetuadas sob a responsabilidade do expedidor, do destinatário ou de*

⁴⁶ ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. Evolução do Transporte Ferroviário.pdf. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4751.html>. Acesso em 28.09.2013.

*seus representantes; e e) carga que tenha sido acondicionada em contêiner ou vagão lacrados e, após o transporte, o vagão ou contêiner tenham chegado íntegros e com o lacre inviolado*⁴⁷.

Em relação ao transporte ferroviário de passageiros, o bilhete de passagem é instrumento que evidencia o contrato de transporte. Os direitos e deveres dos usuários são atendidos, sobretudo, pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, podendo a Agência Nacional de Transportes Terrestres aprovar regulamentos complementares, conforme artigo 49 do regulamento⁴⁸, sendo que o transporte de passageiro evidencia-se pelo bilhete de passagem.

O transporte rodoviário é o de maior expressão no âmbito interno desde o Governo Juscelino Kubitschek. É a modalidade mais versátil e com abrangência em diferentes disciplinas do Direito, a depender das partes operantes. Também possui regulamentação pela ANTT e está dividido em transporte rodoviário de passageiros e transporte rodoviário de cargas.

A modalidade rodoviária não possui regulamento geral, de modo que a responsabilidade está estritamente ligada às partes que compõem a relação do contrato e ao objeto do transporte. Portanto, aplicam-se estritamente as regras do Código Civil, CDC e regulamentos da ANTT. As exceções são o transporte rodoviário de produtos perigosos, que é regulado pelo Decreto n. 96.044 de 18 de maio de 1988, e o transporte rodoviário de cargas por conta e ordem de terceiro, Lei n. 11.442 de 05 de janeiro de 2007, que possuem regramento específico. Sobre trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional abertas à circulação há o Código de Trânsito Brasileiro.

2.3.2. O Transporte Aéreo

O transporte aéreo, assim como o transporte marítimo, possui forte abrangência internacional, de modo que sua regulamentação possui especificidades que

⁴⁷ BRASIL. Decreto n. 1.832 de 04 de março de 1996. Aprova o regulamento dos Transportes Ferroviários.

⁴⁸ O texto do artigo diz: *Compete ao Ministério dos Transportes, aprovar os regulamentos das Administrações Ferroviárias sobre os direitos e deveres dos usuários, com base na legislação pertinente, em especial o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990) e neste Regulamento.* Contudo, tal competência foi transferida à ANTT criada em 2001.

por muito tempo firmou a independência do contrato de transporte aéreo, inclusive estabelecendo uma das bases de confirmação da autonomia da matéria Direito Aeronáutica, por exemplo, em razão das matérias sobre seguro, avarias e abalroamento, adaptadas do Direito Marítimo, e os tratados internacionais sobre transporte aéreo internacional, internalizados pelo sistema jurídico nacional.

O estudo científico da disciplina de Direito Aeronáutico inicialmente aplicou os institutos presentes no Direito Marítimo. A doutrina nacional inclusive se dividiu entre aqueles que defendiam independência entre o Direito Marítimo e o Direito Aeronáutico e aqueles que pretendiam unir ambas as matérias em uma única disciplina denominada Direito da Navegação, como ocorrido na Itália⁴⁹. A unificação da matéria em uma disciplina ou código de Direito da Navegação nunca se concretizou, sendo que hoje a unificação da disciplina do direito do transporte no Código Civil agregou todas as modalidades praticadas.

A autonomia do Direito Aeronáutico está constitucionalmente previsto pelo artigo 22, I da Constituição Federal e sua disciplina no âmbito interno está codificada pela Lei n. 7.565 de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. No âmbito internacional, as regras são disciplinadas pela Convenção de Varsóvia, promulgado pelo Decreto n. 20.704 de 24 de novembro de 1931 e pela Convenção de Montreal para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, promulgado pelo Decreto n. 5.910 de 27 de setembro de 2006. Porém, as regras gerais do contrato de transporte aéreo são aquelas previstas pelo Código Civil pertinente a todas as modalidades de transporte.

Também existe no contrato de transporte aéreo a relação tríplice definida por Aguiar Dias a todos os contratos de transporte, qual seja, o homem, a máquina e a

⁴⁹ Sampaio de Lacerda concluía em sua análise sobre o transporte marítimo e aeronáutico: *Em conclusão, julgamos, pois, acertado se modifique a nossa legislação sobre direito marítimo e aeronáutico para, compendiando suas normas já adaptadas à modernização e aperfeiçoamento da navegação marítima e aérea, num único código, seja esse justamente intitulado – “Código da Navegação”. Reconhecer-seá, assim, a autonomia desse direito pelos traços particulares que há muito lhe são próprios, desde os primeiros tempos históricos, quando se aplicavam exclusivamente à navegação feita pelo mar, mas que, presentemente, foram, por sua força de atração poderosa, abraçando a jovem e inexperiente navegação aérea, para, cada vez mais, aconchegá-la e embalá-la com seus ritmos jurídicos.* LACERDA, J. C. Sampaio de. Curso de Direito Privado da Navegação – Direito Marítimo Vol I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1969. p. 41.

infraestrutura⁵⁰. O diferencial está na responsabilidade daquele que opera o transporte aéreo.

O revogado Código de Ar definia como operador do transporte aéreo a *pessoa natural ou jurídica a pessoa natural ou jurídica, proprietária ou exploradora da aeronave, que se obriga, em nome próprio, a executar serviços aéreo de transporte de pessoas ou coisas* (art. 80). O atual Código Brasileiro de Aeronáutica não define na figura única do transportador a responsabilidade daquele que realiza a operação de transporte no contrato de transporte aéreo. Como observa Aguiar Dias:

Surpreendentemente, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986) não define a figura do transportador. Identifica-o, porém, em diversas passagens, confundindo-o com operador ou explorador. Para o atual Código, considera-se operador ou explorador a pessoa jurídica que tem a concessão dos serviços de transporte, o proprietário da aeronave ou que a use diretamente ou por intermédio de prepostos, o fretador e o arrendatário (art. 123).⁵¹

Data vênia o posicionamento de Aguiar Dias, o que o CBA buscou abarcar no artigo por ele citado foi a realidade do contrato de transporte aéreo, que agregou novas figuras ao contrato, como as agências de viagem, o arrendatário, etc. Por isso o parágrafo único do artigo 222 elege a figura do empresário como responsável, determinando que *o empresário, como transportador, pode ser pessoa física ou jurídica, proprietário ou explorador da aeronave* e, no artigo 225 estabelece: *considera-se transportador de fato o que realiza todo o transporte ou parte dele, presumidamente autorizado pelo transportador contratual e sem se confundir com ele ou com o transportador sucessivo*.⁵². Apesar da crítica de Aguiar Dias, o referido dispositivo do CBA se mostra hoje adequado à realidade prática do contrato de transporte aéreo, bastando analisar, por exemplo, o contrato de transporte sobre a ótica consumerista e sua cadeia de responsabilidade solidária.

Hoje a regulamentação do transporte aéreo é realizada pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei n. 11.182 de 27 de setembro de 2005.

⁵⁰ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 211.

⁵¹ Op. cit. p. 212.

⁵² BRASIL. Lei n. 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro da Aeronáutica.

2.3.3. O Transporte Aquaviário

O transporte marítimo é o modal com a mais antiga regulamentação vigente no Direito de Transporte Brasileiro. Com regramento na segunda parte do Código Comercial, após a revogação da primeira parte pelo Código Civil de 2002 é possível afirmar que hoje que a Lei n. 556/1850 não é mais um Código Comercial, mas sim um Código de Direito Marítimo. Porém, por evidente defasagem normativa, merecem maior atenção os regramentos especiais em matéria de transporte aquaviário.

Atualmente as principais normas em matéria de transporte aquaviário são a Lei n. 9.432 de 08 de janeiro de 1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, e a Lei n. 9.537 de 11 de dezembro de 1997, que regulamenta o tráfego aquaviário sob jurisdição nacional.

Semelhante a todos os contratos de transporte, o diferencial do transporte marítimo se dá em razão do aspecto temporal, pois, em geral, é o transporte de maior duração. Por essa razão há doutrinadores que veem no transporte marítimo de pessoas feições do contrato de hospedagem e no transporte de coisas características do contrato de depósito e locação. Contudo, como já demonstrado, ele possui natureza própria.

Outra especificidade do transporte marítimo são os personagens que participam do contrato de transporte. Assim define a lei de tráfego aquaviário: a) Amador: todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações de esporte e recreio, em caráter não-profissional; b) Aquaviário: todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional; c) Armador: pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta; d) Comandante (também denominado Mestre, Arrais ou Patrão) - tripulante responsável pela operação e manutenção de embarcação, em condições de segurança, extensivas à carga, aos tripulantes e às demais pessoas a bordo; e) Passageiro: todo aquele que, não fazendo parte da tripulação nem sendo profissional não-tripulante prestando serviço profissional a bordo, é transportado pela embarcação; f) Prático: aquaviário não-tripulante que presta serviços de praticagem embarcado; g) Profissional não-tripulante: todo aquele que, sem exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação, presta serviços eventuais a bordo; h) Proprietário: pessoa física ou jurídica, em nome de quem a propriedade da embarcação é inscrita na autoridade marítima e, quando legalmente exigido, no Tribunal Marítimo; e i)

Tripulante: aquaviário ou amador que exerce funções, embarcado, na operação da embarcação.

Matéria que ainda causa confusão na jurisprudência e até mesmo na doutrina é em relação à natureza do contrato de fretamento e contrato de transporte. Há doutrinadores que entendem ser fretamento e contrato de transporte o mesmo negócio jurídico, em razão do regramento estipulado no Código Comercial⁵³. Porém, a evolução da disciplina de contrato de transporte desde 1850 acentuou a distância entre os dois institutos, sendo a divergência encerrada pela Lei de Ordenação do Transporte Aquaviário. Contrato de transporte marítimo não deve ser confundido com contrato de fretamento, pois o contrato de fretamento tem por objeto a posse da embarcação, portanto, caráter de contrato de locação, diferente do contrato de transporte que possui por objeto a locomoção. Assim ensina Gonçalves, nas palavras de Pontes de Miranda:

no fretamento há *transferência da posse* da nave, o que afasta qualquer teoria que pretende ver no fretamento da nave nua ou da nave armada e equipada locação de serviços e não locação de coisa. Na verdade, aduz, “o *fretador* (dono do veículo) não é responsável pelo adimplemento de transportes, porque não é, *ex hypothesi*, transportador: transportador é o *afretador* (o que recebeu a posse da nave). Esse transporta a suas expensas e a próprio risco. O fretador nada tem com a custódia dos bens transportados.”⁵⁴

O próprio Código Comercial destacava a distinção. Segundo o Código o fretamento se faz provar pela Carta Partida, também denominada Carta de Fretamento, sendo que a prova do transporte se faz pelo Conhecimento (art. 566, *caput*). As matérias sobre Carta Partida estão presentes no Título VI, capítulo I, arts. 566-574, e a disciplina do Conhecimento no Transporte Marítimo regulado no capítulo II, arts. 575-589.

A Lei de Ordenação do Transporte Aquaviário encerra a discussão ao definir em seu artigo 2º os tipos de fretamento em: a) afretamento a casco nu: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação; b)

⁵³ Sampaio de Lacerda dizia em 1969: *Não se compreende, portanto, a distinção feita por alguns autores entre o fretamento e o transporte marítimo. Querer admitir seja o fretamento contrato destinado à exploração do navio em outros fins que não o transporte (reboque, pesca, recreio, etc.), é interpretação que não se coaduna com o sistema em geral adotado nas legislações, inclusive na nossa. (...) Pelos dispositivos de nosso código comercial não vemos como fazer-se a distinção entre fretamento e transporte.* LACERDA, J. C. Sampaio de. Curso de Direito Privado da Navegação – Direito Marítimo Vol I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1969. p. 179-180 e 183.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p 478.

afretamento por tempo: contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado; e c) afretamento por viagem: contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens⁵⁵.

O transporte aquaviário possui agência regulamentadora própria chamada Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAQ, criada pela Lei n. 10.233 de 05 de junho de 2001, responsável por regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviário, exercidas por terceiros⁵⁶.

Por fim cabe destacar a Lei n. 12.815 de 05 de junho de 2013, denominada Lei dos Portos, que dispõe sobre a exploração e instalação portuária e, de interesse ao tópico, sobre as atividades do operador portuário. Ao presente estudo interessa apontar o capítulo V da referida lei. Tal capítulo trata da operação portuária, estabelecendo normas de responsabilidade do operador portuário, cuja atividade é regulamentada pela ANTAQ.

O operador portuário é pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado. Sua atividade é dispensável nas operações de transporte de gêneros de pequena lavoura e da pesca, para abastecer mercados de âmbito municipal na navegação interior e auxiliar, no transporte de mercadorias líquidas a granel e no transporte de mercadorias sólidas a granel, quando a carga ou descarga for feita por aparelhos mecânicos automáticos, salvo quanto às atividades de recheio.

É o operador portuário que responde ao proprietário ou consignatário da mercadoria pelas perdas e danos provenientes do trânsito portuário ou decorrentes dele. Também responde ao armador pelas avarias na embarcação ou nas mercadorias transportadas.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 9.432, de 08 de Janeiro de 1997. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário.

⁵⁶ BRASIL. Decreto nº 4.122, de 13 de Fevereiro de 2002. Regulamento e Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

2.3.4. O Transporte Multimodal de Cargas

A interação entre os diferentes modais durante o transporte deu origem ao Transporte Multimodal de Cargas. O transporte multimodal é regido pela Lei n. 9.611 de 19 de fevereiro de 1998, que o define como *aquela que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal*⁵⁷.

O transporte multimodal pode ser interno ou externo sendo que não se limita ao transporte em si, mas abrangem os *serviços de coleta, unitização desunitização, movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário, bem como a realização dos serviços correlatos que forem contratados entre a origem e o destino, inclusive os de consolidação e desconsolidação documental de cargas*, conforme definido no artigo 3º da norma mencionada.

O objeto central do transporte entre duas ou mais modalidades é a unidade de carga, comumente denominado contêiner. Foi a partir da criação do contêiner que o transporte entre duas ou mais modalidades se aperfeiçoou, tanto tecnicamente como em matéria legislativa.

De origem inglesa, o termo *container* deriva do verbo *contain* (conter) que assim como em português significa tanto ter (*have*) como segurar/manter (*hold*)⁵⁸. Por isso, diz-se ser o contêiner instrumento de unitização de cargas.

A primeira norma a regulamentar o contêiner foi a Lei n. 4.907 de 17 de dezembro de 1965. Sob o nome “cofre de cargas” o parágrafo único do artigo 1º da referida lei definia em suas alíneas o contêiner como peça do equipamento de transporte *de caráter permanente e como tal bastante forte para resistir a um emprêgo repetido, desenhada especialmente para facilitar o traslado de mercadorias por um ou vários meios de transporte, provida de dispositivo que permitam seu manejo rápido*

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas.

⁵⁸ Verb [with object] 1) have or hold (someone or something) within: *the cigarettes were thought to contain cannabis*; a) be made up of (a number of things): *documents containing both text and simple graphics can be created*; b) (of a number) be divisible by (a factor) without a remainder: *since F contains the factor Q it disappears from both sides of the equation*; 2) control or restrain (oneself or a feeling): *he must contain his hatred*; a) prevent (a severe problem) from spreading or intensifying: *the government has already taken steps to contain the disease*. Oxford Dictionaries. Disponível em <http://oxforddictionaries.com/definition/english/contain>. Acesso em 29.09.2013.

*particularmente no transbordo de um veículo transporte a outro, projetada para que possa encher-se esvaziar-se com facilidade e identificável por meio de marca e número, nome do proprietário, gravados ou pintados de forma indelével e facilmente visíveis.*⁵⁹

O artigo 2º da norma estabelecia que o contêiner poderia ser de propriedade do transportador, do embarcador ou do dono da mercadoria assim como de qualquer pessoa física ou jurídica, desde que habilitada legalmente à exploração comercial, sendo que o artigo 7º o definia como acessório do veículo. Tais conceitos permanecem ainda hoje.

A lei sobre contêiner foi revogada pela primeira norma a tratar de transporte entre duas ou mais modalidades, a Lei n. 6.288 de 11 de dezembro de 1975. Como elencava seu título, a norma regulamentava a utilização, movimentação e transporte, inclusive intermodal, de mercadorias em contêineres, denominado pela lei de *containers* e unidades de carga. A inovação da norma de 1975 era o reconhecimento do transporte em contêiner entre duas ou mais modalidades, então denominado de transporte intermodal, e a regulamentação do conhecimento de transporte intermodal. A norma de transporte intermodal teve vigência até a sanção da atual lei de transporte multimodal.

A atual norma de transporte agora denominado multimodal inovou ao incluir não só o transporte em si, mas também os serviços que permitem a realização do transporte por contêineres, denominados pela lei de unidades de carga, como inicialmente demonstrado.

A segunda inovação é a centralização da responsabilidade da operação de transporte multimodal na figura do Operador de Transporte Multimodal – OTM. Segundo o capítulo II da lei, operador multimodal é a pessoa jurídica contratada como principal para realização do transporte, seja por meios próprios ou por meio de terceiros. O operador multimodal é o responsável pela emissão do conhecimento de transporte e pode ser tanto o transportador como o não transportador .

Em relação ao contêiner, a lei manteve as regras presentes desde a lei de 1965. Apesar de existir certa confusão na jurisprudência, o contêiner continua sendo considerado para o transporte como acessório do navio. O parágrafo único do artigo 24 da lei atual é claro ao definir que *unidade de carga, seus acessórios e equipamentos não*

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 4.907, de 17 de dezembro de 1965. Dispõe sobre o uso de cofres de carga nos transportes de mercadorias.

constituem embalagem e são partes integrantes do todo, ou seja, são acessórios que unidos ao navio de carga, que figura como principal, forma com ele um todo.

3. O CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL: A RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNO E SUAS PARTICULARIDADES

O transporte marítimo internacional está enquadrado na disciplina de Comércio Exterior, regrada pelas normas internas e principalmente pelas regras internacionais, sejam elas estabelecidas em tratados e convenções ou em razão do costume comercial internacional.

Ao presente trabalho interessa especificamente o contrato comercial internacional de transporte marítimo, de forma a compreender a particularidade dessa modalidade e a relação das normas internacionais com as normas internas sobre Direito de Transporte.

O artigo 178 da Constituição Federal, após a Emenda Constitucional n. 07 de 1995, determina que a ordenação do transporte internacional deva observar os acordos firmados pela União, atendidos o princípio da reciprocidade. Seu texto original possuía mesma redação quanto a esse comando.

Assim, inicia-se o presente capítulo com a análise geral das regras em Comércio Exterior sobre transporte marítimo até sua aplicação concorrente com as normas internas.

3.1 As Regras do Transporte Marítimo Internacional

3.1.1 Os Contratos Internacionais de Natureza Comercial

O contrato internacional de natureza comercial possui mesmos requisitos dos demais contratos, quais sejam, acordo de duas ou mais vontades, subordinação das partes ao contrato, e deste à norma. Em razão dos personagens envolvidos e a expansão dos efeitos para além do sistema jurídico interno de um Estado, o contrato internacional comercial possui regras que os distingue dos demais contratos.

Preliminarmente, cabe destacar a distinção entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Fugindo dos grandes debates doutrinários, pode-se dizer que a grande distinção entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado se dá em razão da aplicação normativa em cada disciplina e dos sujeitos relacionados.

No Direito Internacional Público as relações são exercidas pelos sujeitos de direito internacional, *entidade jurídica que goza de direitos e deveres no plano internacional*⁶⁰, sendo o sistema regido pelas Convenções e Tratado Internacional.

Já o Direito Internacional Privado possui como sujeitos, em regra, entes privados, sendo regido pelas normas internas dos contratantes. É o que ensina Dolinger:

A principal fonte do Direito Internacional Privado é a legislação interna de cada sistema, razão por que não cabe falar em direito internacional, uma vez que a autoria de suas regras é interna e não internacional. Denota-se assim a perfeita distinção entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, pois, enquanto aquele é regido primordialmente por Tratados e Convenções, multi e bilaterais, controlada a observância de suas normas por órgãos internacionais e regionais, o Direito Internacional Privado é preponderantemente composto de normas produzidas pelo legislador interno.⁶¹

Assim, é fonte do direito internacional privado e dos contratos comerciais internacionais o direito interno de seus participantes.

Em relação às normas de Direito Internacional Privado, estas podem ser classificadas em razão da fonte, que pode ser legislativa, jurisprudencial ou doutrinária, em razão da natureza e da estrutura:

A fonte da norma pode ser legislativa, doutrinária ou jurisprudencial; ainda segundo a fonte, pode ser interna ou internacional, conforme seja criada pelos órgãos internos de um Estado ou em coordenação com outros Estados por meio de tratados e convenções.

Quanto à sua natureza, a norma de Direito Internacional Privado é geralmente conflitual, indireta, não solucionadora da questão jurídica em si, mas indicadora do direito interno aplicável, daí ser classificada como sobredireito. Contudo, também seguem o método conflitual, e diretas, quando adotam regras materiais uniformes.

(...)

Quanto à sua estrutura, as normas (regras) podem ser unilaterais ou bilaterais.⁶²

Característica marcante no direito internacional privado é o predomínio do interesse econômico individual, razão pela qual uma das particularidades do contrato comercial internacional é a possibilidade de escolha do sistema jurídico aplicável à relação. Sobre o tema destaca Lamy:

⁶⁰ ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO, G. E. do. Manual de direito internacional público. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 251.

⁶¹ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado – parte geral. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 23.

⁶² Op. cit. p. 205.

Com efeito, em tais negócios jurídicos internacionais a autonomia da vontade se manifesta de forma diversa, sendo diversos também os motivos de sua eventual restrição, que infelizmente ocorre não em razão do interesse público, mas sim do interesse econômico individual; não em razão da interpretação da norma jurídica na perspectiva dos direitos fundamentais, mas sim através de operações comerciais verdadeiramente antijurídicas que desrespeitam tanto o ordenamento brasileiro quanto a autonomia da vontade na contratação internacional.

Isso porque no regime jurídico internacional privado, o enfoque da teoria da vontade está ligado tanto à estipulação das cláusulas contratuais quanto à faculdade de escolha dos contratantes acerca da lei a que estará submetido o contrato, se de um país ou de outro(s). Nisso reside a principal diferença entre os contratos internacionais e os contratos firmados internamente.⁶³

Essa liberalidade deriva da teoria da vontade⁶⁴ presente nos contratos comerciais internacionais. Sabe-se que os contratos internos limitam a teoria da vontade em razão do interesse público, exigindo das cláusulas contratuais o reflexo da “função social”. Com os contratos comerciais internacionais é diferente, já que neles a relação prima o interesse econômico das partes.

Sobre a definição do contrato internacional, a principal forma de definir um contrato comercial como contrato comercial internacional é a partir da identificação das partes. O contrato comercial internacional exige uma pluralidade de domicílio de seus pactuantes ou da localização do objeto do negócio jurídico, e também uma pluralidade de sistema jurídico, conforme esclarece Baptista, nas palavras de Batiffol:

Um contrato tem caráter internacional quando, pelos atos concernentes à sua celebração ou sua execução, ou a situação das partes quando à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou a localização de seu objeto, ele tem liame com mais de um sistema jurídico.⁶⁵

Dessa forma, o contrato comercial internacional não exige, necessariamente, a participação de organismos internacionais e normas supranacionais. Dá-se pela relação entre sujeitos privados a nível global e de seus ordenamentos jurídicos.

⁶³ LAMY, Eduardo de Avelar. Contrato de Transporte Marítimo Internacional: Competência e Legislação Aplicável. In: CASTRO JÚNIOR. Osvaldo Agripino de (Org.). Direito Marítimo Made in Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2007. p. 101.

⁶⁴ Há aqueles que entendem não haver liberdade na teoria da vontade, já que toda vontade deve estar amparada pelo direito e nele encontra seus limites. Diz Esther Engelberg: *Não há, portanto, a suposta autonomia da vontade visto que o que há é a liberdade concedida e limitada pelo direito. No Direito Internacional Privado, o objeto da vontade das partes é a escolha do lugar a ser firmado o contrato e não o direito.* ENGELBERG, Esther. Contratos internacionais do comércio. São Paulo: Atlas, 1992. p. 21.

⁶⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 23.

3.1.2 As regras consuetudinárias da *Lex Mercatoria* e aplicação dos *Incoterms*

A *lex mercatória* é um conjunto de regras consuetudinárias no âmbito do comércio exterior. Tais regras nasceram da necessidade de enquadrar regras gerais nas relações comerciais operadas por sujeitos de diferentes ordenamentos jurídicos, de modo a evitar o confronto de normas interestaduais.

Englobam a *lex mercatória* princípios gerais do Direito em matéria obrigacional, usos e costumes, cláusulas e contratos do comércio internacional⁶⁶, sendo que as análises dos conflitos de interpretação e obrigação é realizada, sobretudo, por meio de arbitragem. Logo, as regras dos ordenamentos estatais não englobam, de forma direta, o sistema da *lex mercatória*.

Exemplo maior das regras estatuídas pela *lex mercatória* são os *Incoterms*.

Os *Incoterms* (*International Commercial Terms*) são regras que fixam as obrigações dos importadores e exportadores nas relações comerciais em âmbito internacional. Criados pela Câmara de Comércio Internacional em 1936, os Termos Internacionais de Comércio consolidam as regras consuetudinárias sobre a matéria através de termos conhecidos como “condições de venda”⁶⁷.

As condições de venda regulamentadas pelos *Incoterms* definem a distribuição dos documentos, as condições de entrega da mercadoria, a distribuição dos custos da operação e a distribuição dos riscos da operação⁶⁸.

Desde 1936 a Câmara de Comércio Internacional vem renovando tais termos, atualizando-os com as novas práticas comerciais. Até o ano de 2010 existiam 13 termos, regulamentados pelo *Incoterms 2000*. Atualmente está em vigor o *Incoterms 2010*, autorizado em âmbito nacional pela Resolução n. 21 de 07/04/2011 da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), que simplificou em 11 termos as regras obrigacionais do exportador e importador internacional.

Os atuais termos estão divididos em três modalidades de obrigação do vendedor, representadas pelas letras E, F, D e C. Assim: E (*ex*) representa obrigação mínima ao exportador/vendedor, sendo de total responsabilidade do

⁶⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 64.

⁶⁷ SEGRE, German. Incoterms. In: SEGRE, German (Org.). Manual prático de comércio exterior. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

⁶⁸ Op. cit. p. 71.

importador/comprador os custos; F (*free*) quando a operação de transporte não é principal responsabilidade do vendedor; C (*cost* ou *carriage*) quando há pagamento de transporte pelo vendedor, incluindo ou não o seguro; e D (*delivery*) responsabilidade máxima do vendedor, responsável por entregar a mercadoria no estabelecimento do comprador, com ou sem pagamento de impostos.

Cada modalidade representa, conforme Resolução n. 21 de 07/04/2011 da Câmara de Comércio Exterior⁶⁹:

CÓDIGO	DESCRIÇÃO
EXW	<p>EX WORKS (named place of delivery)</p> <p>NA ORIGEM (local de entrega nomeado)</p> <p>O vendedor limita-se a colocar a mercadoria à disposição do comprador no seu domicílio, no prazo estabelecido, não se responsabilizando pelo desembarço para exportação nem pelo carregamento da mercadoria em qualquer veículo coletor.</p> <p>Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p> <p>Nota: em virtude de o comprador estrangeiro não dispor de condições legais para providenciar o desembarço para saída de bens do País, fica subentendido que esta providência é adotada pelo vendedor, sob suas expensas e riscos, no caso da exportação brasileira.</p>
FCA	<p>FREE CARRIER (named place of delivery)</p> <p>LIVRE NO TRANSPORTADOR (local de entrega nomeado)</p> <p>O vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando entrega a mercadoria, desembaraçada para a exportação, ao transportador ou a outra pessoa indicada pelo comprador, no local nomeado do país de origem.</p> <p>Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p>
FAS	<p>FREE ALONGSIDE SHIP (named port of shipment)</p> <p>LIVRE AO LADO DO NAVIO (porto de embarque nomeado)</p> <p>O vendedor encerra suas obrigações no momento em que a mercadoria é colocada, desembaraçada para exportação, ao longo do costado do navio transportador indicado pelo comprador, no cais ou em embarcações</p>

⁶⁹BRASIL. Câmara de Comércio Exterior. Resolução n. 21, de 07 de abril de 2011. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1311715093.pdf>. Acesso em 19.10.2013.

	<p>utilizadas para carregamento da mercadoria, no porto de embarque nomeado pelo comprador.</p> <p>Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).</p>
FOB	<p>FREE ON BOARD (named port of shipment)</p> <p>LIVRE A BORDO (porto de embarque nomeado)</p> <p>O vendedor encerra suas obrigações e responsabilidades quando a mercadoria, desembarçada para a exportação, é entregue, arrumada, a bordo do navio no porto de embarque, ambos indicados pelo comprador, na data ou dentro do período acordado.</p> <p>Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).</p>
CFR	<p>COST AND FREIGHT (named port of destination)</p> <p>CUSTO E FRETE (porto de destino nomeado)</p> <p>Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FOB, o vendedor contrata e paga frete e custos necessários para levar a mercadoria até o porto de destino combinado.</p> <p>Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).</p>
CIF	<p>COST, INSURANCE AND FREIGHT (named port of destination)</p> <p>CUSTO, SEGURO E FRETE (porto de destino nomeado)</p> <p>Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FOB, o vendedor contrata e paga frete, custos e seguro relativos ao transporte da mercadoria até o porto de destino combinado.</p> <p>Utilizável exclusivamente no transporte aquaviário (marítimo ou hidroviário interior).</p>
CPT	<p>CARRIAGE PAID TO (named place of destination)</p> <p>TRANSPORTE PAGO ATÉ (local de destino nomeado)</p> <p>Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FCA, o vendedor contrata e paga frete e custos necessários para levar a mercadoria até o local de destino combinado.</p> <p>Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p>
CIP	<p>CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO (named place of destination)</p>

	<p>TRANSPORTE E SEGURO PAGOS ATÉ (local de destino nomeado)</p> <p>Além de arcar com obrigações e riscos previstos para o termo FCA, o vendedor contrata e paga frete, custos e seguro relativos ao transporte da mercadoria até o local de destino combinado.</p> <p>Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p>
DAT	<p>DELIVERED AT TERMINAL (named terminal at port or place of destination)</p> <p>ENTREGUE NO TERMINAL (terminal nomeado no porto ou local de destino)</p> <p>O vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando a mercadoria é colocada à disposição do comprador, na data ou dentro do período acordado, num terminal de destino nomeado (cais, terminal de contêineres ou armazém, dentre outros), descarregada do veículo transportador mas não desembaraçada para importação. Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p>
DAP	<p>DELIVERED AT PLACE (named place of destination)</p> <p>ENTREGUE NO LOCAL (local de destino nomeado)</p> <p>O vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando coloca a mercadoria à disposição do comprador, na data ou dentro do período acordado, num local de destino indicado que não seja um terminal, pronta para ser descarregada do veículo transportador e não desembaraçada para importação.</p> <p>Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p>
DDP	<p>DELIVERED DUTY PAID (named place of destination)</p> <p>ENTREGUE COM DIREITOS PAGOS (local de destino nomeado)</p> <p>O vendedor completa suas obrigações e encerra sua responsabilidade quando a mercadoria é colocada à disposição do comprador, na data ou dentro do período acordado, no local de destino designado no país importador, não descarregada do meio de transporte. O vendedor, além do desembarço, assume todos os riscos e custos, inclusive impostos, taxas e outros encargos incidentes na importação.</p> <p>Utilizável em qualquer modalidade de transporte.</p> <p>Nota: em virtude de o vendedor estrangeiro não dispor de condições legais</p>

	para providenciar o desembaraço para entrada de bens do País, este termo não pode ser utilizado na importação brasileira, devendo ser escolhido o DAT ou DAP no caso de preferência por condição disciplinada pela ICC.
--	---

As obrigações definidas pelos *Incoterms* são estipuladas pelo exportador/vendedor e importador/comprador ao pactuar o negócio comercial. Em caso de conflito quanto à responsabilidade assumida, a solução decorre preferencialmente por meio da arbitragem, já que a *lex mercatória* não emana do Poder Público⁷⁰.

Pode-se extrair que as referidas modalidades de vendas, em relação à modalidade de transporte, estão divididas em dois grupos: *termos para utilização em operações que serão transportadas pelos modais aquaviários (marítimo, fluvial ou lacustre) e termos para operações transportadas em qualquer modal de transporte, inclusive transporte multimodal*⁷¹. Dessa forma, são exclusivas da modalidade aquaviária os *Incoterms* FAS, FOB, CFR, CIF.

3.1.3 As Regras do Conhecimento de Transporte no Contrato de Transporte Marítimo Internacional

O contrato de transporte internacional possui mesma estrutura jurídica do contrato de transporte interno, ou seja, é contrato de adesão e tem por objeto a locomoção de coisa ou pessoa, de um lugar a outro, mediante remuneração. O grande diferencial do transporte internacional se dá em razão do local de destino do transporte ser país diverso do país remetente e, conseqüentemente, envolver sistemas jurídicos diferentes.

Em relação ao contrato de transporte marítimo internacional, este sofreu grande mudança a partir da Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimento de Carga, realizada em Bruxelas em 25 de agosto de 1924, também conhecida por “Regras de Haia”. Desde já cabe observar que o Brasil

⁷⁰ VASQUES, Enzo Fiorelli. Princípios Básicos de Direito do Comércio Internacional. In: SEGRE, German (Org.). Manual prático de comércio exterior. São Paulo: Atlas, 2012. p. 252.

⁷¹ BRASIL. Portal Brasileiro de Comércio Exterior. Incoterms. Disponível em <<http://www.comexbrasil.gov.br/conteudo/ver/chave/incoterms/menu/192>>. Acesso em 19.10.2013.

é signatário da referida Convenção, porém, não a ratificou, de modo que a mesma não produz efeitos no ordenamento brasileiro.

A Convenção de Bruxelas de 1924 prevê regras gerais sobre o contrato de transporte marítimo, evidenciado pelo conhecimento de embarque denominado *Bill of Lading*, e, sobretudo, regras em relação à responsabilidade do armador/transportador.

Cabe ressaltar que o *Bill of Lading* por si só não figura como contrato de transporte, mas evidencia este, já que o contrato de transporte engloba, entre outras obrigações, *a origem e destino das mercadorias, a identificação prévia de todas as mercadorias, definição do responsável por taxas e despesas relacionadas ao transporte, cláusulas penais*⁷², entre outras obrigações não descritas no B/L. A própria Convenção de Bruxelas de 1924 assim ensina, em seu artigo 1º, ‘b’:

“Contrato de transporte” designa somente o contrato de transporte provado por um conhecimento ou por qualquer documento similar servindo de título ao transporte de mercadorias por mar; e aplica-se igualmente ao conhecimento ou documento similar emitido em virtude duma carta-partida, ao partir do momento em que este título regule as relações do armador e do portador do conhecimento⁷³.

Assim, conforme ensinamento de Silvério e May, o B/L *cinge-se em atestar a responsabilidade do armador pelo transporte adequado de uma carga específica e em conferir a titularidade de propriedade da mercadoria ao portador do referido instrumento*⁷⁴.

Sobre a responsabilidade do armador, o artigo 4º, §2º das Regras de Haia contém o principal motivo da sua não ratificação pelo Brasil. O tal dispositivo inclui inúmeras cláusulas que afastam a responsabilidade do armador⁷⁵. Apesar de o Brasil ser

⁷² SILVÉRIO, Fernando; MAY, Otávia de Oliveira. A Cláusula de Eleição do Foro no Conhecimento de Transporte Marítimo (*Bill of Lading*). In: CASTRO JÚNIOR. Osvaldo Agripino de (Org.). Direito Marítimo Made in Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2007. p. 140-141.

⁷³ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 37.748 de 01 de fevereiro de 1950. Introdz em direito interno determinados preceitos da Convenção Internacional para a unificação de certas regras em matéria de conhecimentos de carga, assinada em Bruxelas em 25 de Agosto de 1924. Disponível em <<http://www.dre.pt/pdf1s/1950/02/02200/00550055.pdf>>. Acesso em 19.10.2013.

⁷⁴ Op. cit. p. 141.

⁷⁵ Article 4, 2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:

(a) Act, neglect, or default of the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship. (b) Fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier. (c) Perils, dangers and accidents of the sea or other navigable waters. (d) Act of God. (e) Act of war. (f) Act of public enemies. (g) Arrest or restraint or princes, rulers or people, or seizure under legal process. (h)

um dos países com maior número de transações de exportação e importação por via marítima, a grande maioria dos armadores é estrangeira. Assim, os importadores e exportadores brasileiros estariam fragilizados na relação comercial.

A Convenção de Bruxelas de 1924 sofreu emenda através do protocolo de Haia-Visby de 23 de fevereiro de 1968, sendo convenção e protocolo conhecidos por “Regras de Haia-Visby”. O referido protocolo não trouxe grandes mudanças às regras previstas em 1924. O grande papel do protocolo de 1968 foi conceder à convenção força de lei, já que a Convenção de 1924 era reconhecida apenas como acordo⁷⁶.

Em razão do descontentamento com as Regras de Haia-Visby, consideradas ultrapassadas e limitativas da responsabilidade do armador/transportador, foi assinada em 30 de março de 1978 a Convenção das Nações Unidas sobre Carregamento de Mercadorias pelo Mar, conhecidas por “Regras de Hamburgo”. O Brasil assinou as Regras de Hamburgo em 31 de março de 1978, porém, até o momento, não realizou sua ratificação para vigência no ordenamento interno.

As Regras de Hamburgo só entraram em vigor no ano de 1992, quando foi alcançado o número mínimo de ratificação entre os países assinantes dessa regra, condição de vigência prevista na própria Convenção.

O diferencial das Regras de Hamburgo é a ampliação da responsabilidade do transportador para além do transporte, diferentemente das Regras de Haia. Como destaca Steeve:

Uma importante diferença entre as Regras da Haia e as de Hamburgo é que a primeira é somente aplicável de porto a porto, englobando o momento do

Quarantine restrictions. (i) Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative. (j) Strikes or lockouts or stoppage or restraint of labour from whatever cause, whether partial or general. (k) Riots and civil commotions. (l) Saving or attempting to save life or property at sea. (m) Wastage in bulk or weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality or vice of the goods. (n) Insufficiency of packing. (o) Insufficiency or inadequacy of marks. (p) Latent defects not discoverable by due diligence. (q) Any other cause arising without the actual fault or privity of the carrier, or without the actual fault or neglect of the agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage. “*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (“Hague Rules”), and Protocol of Signature*”. Disponível em <http://www.admiraltylawguide.com/conven/haguerules1924.html>. Acesso em 28/10/13.

⁷⁶ DIAS, Steeve Beloni Corrêa Dielle. Obrigação e responsabilidade nos contratos internacionais de fretamento marítimos e sua aplicação no direito brasileiro. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica do Paraná: Curitiba, 2007. p. 14. Disponível em <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024868.pdf>>. Acesso em 19.10.2013.

carregamento, a viagem e o desembarque da mercadoria enquanto pelas regras de Hamburgo são aplicáveis pelo período integral pelo qual a mercadoria ficar sob responsabilidade do transportador. A existência dessa diferença foi uma forma de suprimir a deficiência da Convenção da Haia ou Haia-Visby, que permitem que o transportador exclua qualquer responsabilidade que lhe seja atribuída se a mercadoria não estiver fisicamente dentro do navio.

A principal inovação e diferença entre as duas convenções está especificamente na mudança radical da responsabilidade do transportador. As regras de Hamburgo trouxeram pela primeira vez em uma convenção internacional sobre transportes a idéia de culpa presumida do transportador e aboliram o catálogo de exceções trazidas pelas Regras Haia-Visby em seu artigo 4⁷⁷.

Dessa forma, as Regras de Hamburgo aproximam o ordenamento internacional em transporte das regras consagradas pelo ordenamento interno, a exemplo da responsabilidade objetiva do transportador.

Por fim, a mais recente norma em matéria de contrato de transporte internacional é a Convenção das Nações Unidas sobre o Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias Total ou Parcialmente Marítimo aprovada em 11 de dezembro de 2008, conhecida como *Regras de Rotterdam*.

As Regras de Rotterdam buscam estabelecer um regime uniforme e atualizado sobre direitos e obrigações de todos os sujeitos que participam do transporte internacional. Tais regras preveem inclusive regras sobre transporte multimodal de mercadorias.

Conforme seu artigo 94 as Regras de Rotterdam entram em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao da expiração do prazo de um ano do último depósito de ratificação⁷⁸. São necessárias 20 ratificações, sendo que até 2011 apenas a Espanha confirmou as referidas regras.

O Brasil até o momento não ratificou nenhuma das regras sobre *Bill of Lading*, de modo que se aplicam nas relações de transporte internacional as regras do artigo 12 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁷⁷ DIAS, Steeve Beloni Corrêa Dielle. Obrigação e responsabilidade nos contratos internacionais de fretamento marítimos e sua aplicação no direito brasileiro. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica do Paraná: Curitiba, 2007. p. 16. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024868.pdf>>. Acesso em 19.10.2013.

⁷⁸ Article 94: Entry into force. 1. This Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of one year after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession. Disponível em < http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_XI_D_8.pdf>. Acesso em 19.10.2013.

3.2 Aplicação das Normas de Transporte Marítimo Internacional no Direito de Transporte Brasileiro

3.2.1. Ratificação de Tratados e Convenções Internacionais no Sistema Jurídico Brasileiro

Os requisitos de validade dos tratados internacionais estão previstos na Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais de 1969, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 496/2009 e promulgado pelo Decreto n. 7.030/2009.

Segundo o art. 11 da referida Convenção, são meios de manifestar consentimento em obrigar-se por um tratado: *assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado*. Assim, como ensina Mazzuoli⁷⁹, pode-se observar que são dois os atos de maior importância: a assinatura e a ratificação.

A assinatura é fase que encerra a formação dos tratados *e arremata o ato protocolar da autenticação (quando esta não se deu nos termos do art. 10, a, da Convenção de Viena, “mediante o processo previsto no texto ou acordado pelos Estados que participam da sua elaboração”)*.⁸⁰

O processo de ratificação consiste na *apreciação e aprovação do Poder Legislativo, antes da formalidade derradeira (e mais importante) da ratificação*⁸¹. É a ratificação que dá validade do tratado ao sistema jurídico interno.

O sistema de promulgação e vigência dos tratados internacionais no âmbito interno sofre enorme debate doutrinário, apesar de entendimento pacífico manifestado pelo Supremo Tribunal Federal.

O debate doutrinário centra-se na necessidade de decreto da Presidência da República promulgando tratado internacional já celebrado e ratificado pelo Congresso Nacional.

⁷⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito dos Tratados. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. p. 111.

⁸⁰ Op. cit. p. 113.

⁸¹ Op. cit. p. 121.

Essa prática está historicamente presente no Sistema Jurídico Brasileiro. Porém, a Constituição Federal de 1988 não prevê qualquer promulgação por ato do executivo para validade dos tratados e convenções. O art. 49, I da Constituição determina como competência do Congresso Nacional *resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*. Já o art. 84 da Carta Magna, ao tratar das competências do Presidente da República, limita no inciso VIII o poder do Presidente em *celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional*.

Cabe ressaltar que para efeitos de validade não há distinção entre tratado e convenção, já que, como demonstrado no dispositivo supracitado, a Constituição Federal confere mesmos procedimentos de internalização para ambos.

Apesar da previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal entende ser insuficiente a aprovação de tratados pelo Congresso com o devido depósito do instrumento de ratificação no exterior. Para a Suprema Corte é necessário decreto presidencial para efetiva validade dos tratados e convenções no âmbito interno, como historicamente é realizado. É como apresenta Amaral Jr.:

É imprescindível na opinião da Suprema Corte a promulgação de decreto presidencial, que introduza o tratado na ordem interna. Assim procedeu o STF ao ponderar, na decisão que negou cumprimento de carta rogatória expedida pela Argentina, que a Convenção sobre o cumprimento de medidas cautelares celebrada pelo Brasil com os demais países do MERCOSUL, embora ratificada, não estava em vigor no país. Essa postura preponderou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1490-3, proposta pela Confederação Nacional do Transporte e outros, contra o presidente da República, sobre a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 66/02, que aprovou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, e do Decreto 1655/96, que promulgou esse ato normativo.⁸²

Em defesa da promulgação dos tratados ratificados pelo Poder Legislativo Mazzuoli aponta a mudança das situações presentes quando da assinatura ou mesmo o momento político existente no momento da ratificação dos tratados como requisito para nova apreciação do Poder Executivo na internalização dos mesmos:

À luz da ordem constitucional brasileira, a ratificação do tratado representa o segundo momento em que o Poder Executivo se manifesta na processualística dos atos internacionais. Se a assinatura vincula juridicamente o Estado ao texto adotado, a ratificação vincula o Estado ao tratado mesmo, com todas as cláusulas obrigacionais que nele se contêm. Essa nova participação executiva se justifica pelo fato de poder terem sido alteradas as circunstâncias de sua

⁸² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Curso de Direito Internacional Público. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

celebração ou ser outro o momento político por que passa o Estado, a eventualmente não recomendarem seu engajamento definitivo.⁸³

Sem sombra de dúvida, a escolha do modo de internalização de tratados é uma escolha política, a qual varia em razão do sistema de governo adotada por cada nação. Portanto, na conjuntura política e jurídica brasileira atual, sem o decreto presidencial promulgando tratado ou convenção ratificada pelo Congresso Nacional os acordos internacionais celebrados não possuem vinculação jurídica no âmbito interno.

3.2.2. Conflito de Normas no Comércio Internacional e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Como já analisado, a aplicação normativa no direito internacional privado é direito privado interno.

Em razão dos diferentes sistemas jurídicos existentes entre as nações, o conflito entre as normas é inevitável. A doutrina define que tais conflitos podem ser “positivos” ou “negativos”.

Positivo é o conflito decorrente da declaração de competência de dois ou mais Estados ao seu respectivo direito material para regular determinada relação jurídica⁸⁴. A solução para o conflito positivo pode ser a renúncia à norma do aplicador da lei, *passando a qualificar a relação jurídica segundo a norma de direito internacional privado estrangeiro*, ou a aplicação da norma de seu Estado, *ignorando a norma de direito internacional privado alienígena*⁸⁵.

O conflito negativo é a determinação, pela norma interna, da aplicação da norma alienígena. São duas as formas de solução: a primeira indica a aplicação da norma internacional nos termos estabelecidos previstos pela norma interna ao caso, sem levar em consideração o que o sistema alienígena prevê para o mesmo caso. É o que diz o artigo 16 da LINDB: *Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se*

⁸³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito dos Tratados. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. p. 121.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada. 3 ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 347.

⁸⁵ Op. cit. p. 348.

qualquer remissão por ela feita a outra lei. A segunda doutrina determina que a norma externa deva ser aplicada como definido pelo sistema alienígena.

Em geral, as normas aplicáveis aos negócios jurídicos com expressão internacional são eleitas pelas partes, fruto da autonomia da vontade do direito internacional privado, sendo na maioria dos casos solucionadas por meio da arbitragem.

Ainda que exista essa liberdade no campo do comércio internacional, existem tanto tratados internacionais como normas de direito interno estabelecendo limites e regras gerais de direito privado, com consequente reflexo no comércio internacional.

Em âmbito internacional, o tratado de maior expressão adotado pelo Brasil é o Código Bustamante, convenção de direito internacional privado no continente americano, promulgado pelo Decreto n. 18.871/1929.

O Código Bustamante, como ensina Diniz⁸⁶, define que as obrigações serão regidas: a) Pela lei do local onde se originam, em relação à forma; e b) Pela lei pessoal das partes, quanto à capacidade. Tal aplicação é válida nos negócios interamericanos.

Também devem ser observados os casos em que não são definidas as normas pelas partes. Nesses casos a norma aplicável será a lei pessoal, em razão da lei local da celebração do negócio ou da execução, ou ainda pelas regras definidas em tratado ou convenção internacional.

É o que apresenta Diniz:

Nos atos unilaterais prevalecerá a lei pessoal do declarante, mas nos bilaterais, como os contratos, apresentam-se cinco correntes doutrinárias: a) a que salienta a competência da lei pessoal dos contratantes, pela qual as declarações de vontade devem ser examinadas separadamente, cada uma de conformidade com a lei do declarante (Frankenstein, Dreyfus, J. Aubri e Audinet); b) a que admite a competência da lei do local da celebração negocial (Pilet e Niboyet); c) a que entende ser competente a lei que rege a relação constituída pelo ato jurídico. Se entender que a lei reguladora da relação jurídica constituída por um ato volitivo é a lei do local de sua celebração ou de sua execução, essa norma deverá determinar se a vontade foi manifestada em condições de produzir efeitos jurídicos (Machado Villela); d) a que proclama a competência da lei escolhida intencionalmente pelos contratantes para reger o acordo (*proper law of the contract* ou *aplicable law* dos ingleses); e) a que proclama a prevalência da *lex fori* nos conflitos de leis que surjam entre o Brasil e os países signatários do Código Bustamante (art. 177) e a da lei do local da constituição da obrigação entre os demais Estados que não o ratificaram.⁸⁷

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada. 3 ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 254.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada. 3 ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 255.

Outro ponto que merece atenção é a limitação ao princípio da autonomia da vontade realizado pelo direito brasileiro. Apesar de imperar a autonomia da vontade no comércio internacional, o sistema brasileiro estabeleceu formas rígidas de aplicação da norma alienígena.

Os limites ao princípio da autonomia da vontade estabelecidos pelo Brasil ao comércio internacional concentram-se, principalmente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Regra orientadora do sistema jurídico nacional, a LINDB estipula limites rígidos à liberdade contratual.

Encontra-se no artigo 9º da LINDB forte limite à autonomia da vontade. Diz o dispositivo que *para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*. O parágrafo primeiro ainda define: *destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato*. Sobre as obrigações resultantes do contrato diz o parágrafo segundo: *A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente*.

Quanto à aplicação da norma externa, o artigo 17 da LINDB impõe limites em respeito à autodeterminação nacional, dispondo que *as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*.

Assim, verifica-se que o sistema brasileiro possui normas rígidas de aplicação da norma internacional, sendo os conflitos gerados em razão dos contratos internacionais solucionados pelas regras internas.

3.2.3. O Conflito de Normas no Conhecimento de Transporte Internacional

O artigo 732 do Código Civil destaca: *aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais*.

O comando possui amparo constitucional em razão do artigo 178, segunda parte, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 7 de 1995, que determina que a

lei deva *quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.*

Dessa forma, existindo tratado, convenção ou acordo internacional sobre transporte devidamente ratificado e promulgado, estes possuem plena aplicação.

O Código Bustamante, ao tratar de transporte terrestre, prevê em seu artigo 260 que *os prazos e formalidades para o exercício de acções surgidas desse contracto, e não previstas no mesmo, regem-se pela lei do lugar em que se produzam os factos que as originem*⁸⁸. Quanto ao transporte marítimo e aéreo o artigo 285 determina que *o fretamento, caso não seja um contracto de adesão, reger-se-á pela lei do lugar de saída das mercadorias, ressaltando ainda que os actos de execução do contracto ajustar-se-ão á lei do lugar em que se effectuarem.*

Como frisado, mais uma vez, o Brasil não ratificou as regras internacionais sobre o *Bill of Lading*, de modo que as normas de responsabilidade no transporte marítimo internacional, quando da sua análise pelo Sistema Jurídico Brasileiro, são as normas internas.

Matéria discutível são as obrigações acessórias incluídas no *Bill of Lading*. Como o conhecimento de embarque é produzido unilateralmente pelo transportador, portanto, contrato de adesão, os termos de responsabilidade impostos não atendem ao princípio da autonomia da vontade.

Tema outrora recorrente no judiciário era a eleição de foro estrangeiro no contrato de transporte marítimo internacional. Os tribunais possuíam tendência em anular o foro internacional eleito no transporte internacional, seja em razão de restarem pactuadas unilateralmente em cláusula de adesão ou em razão da regra de aplicação da norma do local da execução da obrigação⁸⁹. Recentemente tal tema perdeu espaço na jurisprudência em razão das modificações normativas que permitem ao transportador internacional contratar representante nacional na realização do transporte, os chamados

⁸⁸ BRASIL. Decreto n. 18.871 de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana.

⁸⁹ A regra brasileira para identificação da lei aplicável é a da celebração (*lex loci contractus*). Não obstante, a lei do local da execução teve preponderância na jurisprudência, pois se interpretou que à lei do local da constituição somam-se as exigências da lei de sua execução: “Sendo mais comum ocorrerem os litígios no local da execução (lugar onde o devedor tem seu domicílio, bens e estabelecimento comercial, e onde é mais fácil obter o pagamento), a lei brasileira é invariavelmente a aplicável”. SILVÉRIO, Fernando; MAY, Otávia de Oliveira. A Cláusula de Eleição de Foro no Conhecimento de Transporte Marítimo (*Bill of Lading*). In CASTRO JÚNIOR. Osvaldo Agripino de (Org.). Direito Marítimo Made in Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2007. p. 151-152.

“agentes marítimos”, quando relativo ao transporte, e “agentes de carga”, quando relativo aos contêineres, encerrando-se a necessidade de tais cláusulas.

Outro tema que se acentua são as obrigações relativas à sobre-estadia de contêineres e responsabilidades do transportador/armador previstas no *Bill of Lading*.

Como demonstrado no capítulo anterior, o conhecimento de transporte, em regra, é contrato de adesão. Assim, suas cláusulas são determinadas sem prévia deliberação entre as partes.

É certo que a Súmula 335 do Supremo Tribunal Federal define ser válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato⁹⁰. Contudo, tal validade pressupõe um contrato pactuado de forma bilateral, a exemplo do contrato de transporte.

Cabe ressaltar que o *Bill of Lading* (conhecimento de transporte) não é o contrato em si. Conhecimento de transporte é documento expedido pelo transportador, de forma unilateral, entregue ao consignatário, que no transporte internacional é o importador ou seu representante, figurando como título impróprio representativo da mercadoria e, especialmente no transporte marítimo, documento necessário ao desembaraço aduaneiro das mercadorias perante a Receita Federal.

Como apresentam Silvério e May⁹¹, há uma tendência lógica do transportador em assegurar algumas garantias a si mesmo, de modo que o Poder Judiciário deve mitigar a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* em atendimento à liberdade e ao equilíbrio contratual nesses casos.

Por não respeitar a autonomia da vontade das partes e ser produzido com fundamento em convenções internacionais não ratificadas pelo Brasil, não é possível o cumprimento das cláusulas impostas no *Bill of Lading* quando o importador ou o exportador for pessoa domiciliada no Brasil. A responsabilidade, nesses casos, deve respeitar as normas do Sistema Jurídico Brasileiro, como previsto pelo artigo 9º da LINDB.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 01/11/2013.

⁹¹ Op. cit.

3.3 Os Personagens no Transporte Marítimo Internacional

3.3.1. Os Sujeitos do Transporte Internacional

O transporte internacional é regido tanto pela *common law* como pela *civil law*, o que causa muita confusão na identificação da natureza jurídica, sujeitos e obrigações dos contratos de transporte internacional.

O transporte internacional possui duas espécies de contrato, uma envolvendo a embarcação e outra a locomoção das mercadorias, que são o contrato de afretamento e o contrato de transporte.

Já restou devidamente demonstrada a distinção do contrato de afretamento e de transporte os no âmbito interno. Porém, em relação ao transporte internacional, a confusão é ainda maior em razão do sistema *common law*, que usa o termo *charter party* (carta-partida) tanto para o transporte em si como para a locação do navio. É como explica Oto Salgues:

Nos países que utilizam o direito civil, como o Brasil, o termo afretamento refere-se apenas aos contratos para utilização do navio ou dos serviços do navio. Já nos países de “commom law” [sic] (e.g. Inglaterra) o uso do termo é ambíguo e é usado tanto para se referir aos contratos de utilização do navio ou dos serviços do navio quanto para os de transporte de mercadorias.⁹²

Assim, há no *charter party* o fretador, denominado *owner*, que é o dono do navio e locador da embarcação, sendo o afretador e locatário da embarcação denominado *charterer*.

Já o contrato de transporte envolve grande número de personagens. Entre o destinatário e o remetente da mercadoria transportada existe uma complexa cadeia de sujeitos e obrigações.

É comum no transporte marítimo nacional e internacional a figura do remetente (*shipper*), responsável pelo envio da mercadoria, transportador/armador (*carrier*), sujeito que realiza o transporte e emitente do *bill of lading*, consignatário (*consignee*), pessoa autorizada a retirar a mercadoria, e destinatário (*notify party*).

⁹² SALGUES, Oto. Contratos de afretamento e transporte no Direito Marítimo. Salgues.com.br: direito marítimo, tributário e aduaneiro. Disponível em: <<http://www.salgues.com.br>>. Acesso em: 27/10/2013.

As particularidades do transporte internacional residem na figura do agente marítimo (*agent*), pessoa que representa o transportador internacional nas operações internas, o NVOCC (*Non-Vessel Operating Common Carrier*), conhecido como “armador sem navio”, geralmente possuidor dos contêineres e responsável pela unitização e desunitização das mercadorias em seu interior⁹³, e o agente “transitário” (*freight forwards*) responsável pelas operações anteriores ou posteriores ao transporte marítimo⁹⁴.

No Brasil a tarefa do *freight forwards* é exercida pelo agente marítimo, pelo consignatário, nas operações de importação “por conta e ordem de terceiros”⁹⁵, e pelo despachante aduaneiro.

3.3.2. Órgãos de Regulamentação e Fiscalização do Transporte Internacional com reflexos internos

O comércio internacional possui inúmeros sujeitos de controle das operações negociais internacionais, razão pela qual o presente trabalho dará destaque àqueles sujeitos que se relacionam diretamente com os transportes internacionais ligados ao Brasil.

No âmbito internacional é possível citar inicialmente a Organização Mundial do Comércio – OMC (*World Trade Organization - WTO*), organização

⁹³ NVOCC capta cargas fracionadas no mercado, armazena as mercadorias em um ou mais contêineres e as encaminha para o embarque em navios, ou seja, executa todo o serviço que antecede o embarque e depois realiza o desmembramento da carga. O armador sem navio apenas não efetua o transporte propriamente dito, mas o contrata, o que constitui, em princípio, motivo suficiente para ensejar sua responsabilidade, ante eventuais danos causados na mercadoria carregada. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70030094411. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Décima Segunda Câmara Cível. Diário da Justiça 19/08/2011.

⁹⁴ VASQUES, Enzaio Fiorelli; EIDELCHTEIN, Claudio. Logística Internacional. In: SEGRE, German (Org.). Manual prático de comércio exterior. São Paulo: Atlas, 2012. p. 128.

⁹⁵ A importação por conta e ordem de terceiro é um serviço prestado por uma empresa – a importadora –, a qual promove, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquiridas por outra empresa – a adquirente –, em razão de contrato previamente firmado, que pode compreender ainda a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial (art. 1º da IN SRF nº 225/02 e art. 12, § 1º, I, da IN SRF nº 247/02).

Disponível

em

<http://www.receita.fazenda.gov.br/TextConcat/Default.asp?Pos=2&Div=Aduana/ContaOrdemEncomenda/ContaOrdem/>. Acesso em 27/10/13.

internacional que administra uma série de acordos regulamentadores do comércio entre países, entre eles o Brasil. Possui como função administrar os acordos comerciais, ser um fórum para negociações comerciais, vigiar disputas comerciais, monitorar políticas de comércio entre os países, assistência técnica e treinamento em comércio para países em desenvolvimento⁹⁶.

Em relação à América do Sul há o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL. Além de proporcionar a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países signatários, estabeleceu uma Tarifa Externa Comum (TEC) que possibilitou a união aduaneira entre seus integrantes⁹⁷.

É importante frisar que no ano de 2010 foi aprovado o Código Aduaneiro do MERCOSUL, Decreto n. 27/10 do Conselho do Mercado Comum. O referido decreto, em seu artigo 18, define o transportador, o agente de transporte e o agente de carga e o provedor de bordo como pessoas vinculadas à atividade aduaneira.

No âmbito doméstico os órgãos de fiscalização e regulamentação do transporte internacional estão ligados ao Ministério da Fazenda e ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Assim, a Secretaria da Receita Federal é responsável, no âmbito do comércio exterior, pela política fiscal aduaneira nacional. Já a política e atividades relativas ao comércio exterior são realizadas pela Câmara de Comércio Exterior (Camex).

⁹⁶ Disponível em http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm. Acesso em 27/10/13.

⁹⁷ Disponível em <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>. Acesso em 27/10/13.

4. A SOBRE-ESTADIA DO CONTÊINER NO TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL

Tema de enorme discussão doutrinária e jurisprudencial é a indenização pelo tempo a maior na devolução do contêiner no transporte marítimo internacional.

A denominada sobre-estadia de contêiner, também conhecida pelo termo *demurrage*, não possui entendimento pacífico quanto a sua natureza, prazo prescricional ou responsável pelo ressarcimento.

O próprio termo *demurrage* não possui origem definida. Alguns afirmam que deriva do termo francês *demeurer*⁹⁸ (permanecer), sendo que outros indicam o verbo inglês *demur*⁹⁹ (demorar) como origem do termo.

O termo *demurrage*, ou sobre-estadia, é usado tanto como definição do excesso de prazo para devolução do contêiner, por exemplo, diz-se que sujeito ocorreu em sobre-estadia ao devolver o contêiner, como nome dos valores a serem recebidos em razão do atraso, exemplo das ações judiciais em que se realiza a “cobrança da *demurrage*”.

Inicialmente objeto do contrato de fretamento, hoje a *demurrage* é aplicada quase que exclusivamente ao contêiner. Tal adaptação do conceito à modalidade de transporte com contêineres, natureza completamente diversa do contrato de fretamento, é um dos grandes motivos da sua não compreensão.

Diante dessas discussões, a análise dessa matéria é desafio empolgante tanto na análise fática, pois sua presença nas relações de transporte marítimo é inevitável em razão dos problemas logísticos e administrativos nos portos brasileiros, quanto na análise jurídica, pela enorme confusão em relação a conceitos doutrinários realizado pela jurisprudência na análise da matéria.

⁹⁸ Denise Sá de Medeiros em artigo titulado “Demurrage de navios sob o vírus da crise”. Disponível em < http://www.conexaomaritima.com.br/index_print.php?option=print&Itemid=35&id=4540&Itemid_print=22>. Acesso em 03/11/2013.

⁹⁹ COLLYER, Wesley O. Sobreestadia de Navios: A Regra *Once on Demurrage, Always on Demurrage*. In. CASTRO JÚNIOR. Osvaldo Agripino de (Org.). Direito Marítimo Made in Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2007. p. 214.

4.1 A Natureza Jurídica da Demurrage no Sistema Jurídico Brasileiro

4.1.1 A origem do conceito de sobre-estadia pelo Código Comercial

A sobre-estadia tem origem nos contratos de fretamento. Como já demonstrado no primeiro capítulo, contrato de fretamento é o contrato de locação da embarcação.

Nosso Código Comercial ainda guarda em seus artigos a origem conceitual de sobre-estadia, principalmente no capítulo dedicado aos direitos e obrigações do fretador e afretador.

Até a metade do século XX as mercadorias transportadas pela via marítima eram depositadas nos espaços dos navios. O contrato de fretamento era a locação desses espaços, podendo ser locação total *quando a carga lota por completo um navio*¹⁰⁰, ou locação parcial, no caso de a mercadoria ocupar parte do navio.

Cabe ressaltar que o contrato de fretamento não era, necessariamente, a locação do navio, como realizada atualmente, mas sim de seus espaços para depósito de mercadorias a serem transportadas.

Assim, a relação possuía basicamente três participantes: o fretador (dono do navio), o afretador (locatário do espaço do navio) e o capitão (transportador/armador).

Dessa forma, como disposto no artigo 590 do Código Comercial, o afretador tinha obrigação de entregar a mercadoria para embarque em tempo adequado, ou seja, entregar a mercadoria, que seria depositada no espaço por ele “alugado”, antes do horário de partida do navio.

Quando o afretador não entregava sua mercadoria no tempo ajustado, acarretando no atraso de partida do navio, nascia a sobre-estadia do navio.

É como ensina Santos:

O capitão tem interesse em demorar-se nos portos de partida, escala e destino tempo necessário para carregar e descarregar, pois o navio foi feito para navegar e as paralisações representam, quase sempre, enormes prejuízos aos armadores.

Daí a fixação de estadia, isto é, o tempo ou prazo dado ao carregador para o embarque ou desembarque das mercadorias. É o tempo convencionado para carga e descarga.

¹⁰⁰ LACERDA, J. C. SAMPAIO DE. Curso de Direito Privado da Navegação – vol. I Direito Marítimo. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1969. p. 184.

A estadia é, normalmente, determinada na carta de fretamento, começando a correr do dia designado ou aviso do capitão de estar o navio desembarçado para receber a carga, se não houver dia estipulado no contrato.¹⁰¹

O Código Comercial já previa a possibilidade de ocorrência da sobre-estadia do navio, razão pela qual o artigo 567 determina no inciso V que a carta-partida deve conter *o tempo da carga e descarga, portos de escala quando a haja, as estadias e sobre estadias ou demoras, e a forma por que estas se hão de vencer e contar*, sendo que o inciso VI apontava ainda a exigência de previsão do *preço do frete, quanto há de pagar-se de primagem ou gratificação, e de estadias e sobre estadias, e a forma, tempo e lugar do pagamento*.

Assim, vencido o prazo ajustado para embarque das mercadorias (o código denomina “fazendas”) no navio pelo afretador, o capitão poderia resilir o contrato de transporte, e exigir do afretador metade do valor do transporte, ou realizar o transporte sem a carga, e exigir o valor total do transporte e da sobre-estadia pactuada, conforme artigo 592 do Código Comercial.

Por estar ligada ao contrato de fretamento e pelos requisitos do artigo 567 do Código Comercial, a sobre-estadia era reconhecida tanto como multa, cláusula penal, aluguel, complemento do frete ou indenização, conceitos ainda usados hoje.

4.1.2 A sobre-estadia do contêiner na importação

A evolução do transporte marítimo, seja tecnológica ou econômica, obrigou a criação de um mecanismo que transportasse a mercadoria do navio ao porto com maior agilidade. Assim nasceu o contêiner na metade do século XX.

A evolução econômica e operacional do transporte marítimo fragmentou a função de seus participantes, acarretando, inclusive, na mudança da forma de ocorrência da sobre-estadia.

A ideia de locação do espaço do navio permaneceu, sendo o contêiner considerado parte do navio. Como demonstrado no tópico sobre transporte multimodal, a legislação ainda define o contêiner como “parte do todo”. Contudo, não existe mais a

¹⁰¹ SANTOS, Theophilo de Azeredo. Direito da Navegação – marítima e aérea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 253-254.

locação do espaço físico do navio. Atualmente, utiliza-se o contêiner como espaço para alojar a mercadoria.

Com isso, a sobre-estadia de contêiner não deriva do contrato de fretamento. Hoje a sobre-estadia nasce do excesso de tempo de disposição do contêiner em posse do destinatário da mercadoria.

Apesar de considerado parte do navio o contêiner possui proprietário próprio, independente do proprietário do navio. Dessa forma, o contêiner pode ser tanto do seu proprietário como pode ser de sujeito que dispõe do mesmo por meio de *leasing*. Aquele que dispõe do contêiner para o transporte é o credor de eventual sobre-estadia.

Em geral transportador e locador financeiro do contêiner são mesma pessoa. Contudo, existem hoje proprietários de contêiner que não são transportadores, os denominados NVOCC (*Non-Vessel Owning Common Carrier*), que são os “armadores sem navio”.

Da mesma forma, a sobre-estadia não ocorre mais no embarque da mercadoria, pelo menos na maioria dos casos, como previamente exposto. Hoje as mercadorias são “unitizadas”, ou seja, acomodadas no contêiner pelo expedidor ou até mesmo pelo proprietário do contêiner, sendo sua alocação no navio realizada pelo armador.

No término do transporte, no momento do desembarque, o contêiner é entregue ao importador ou seu representante para realizar a desunitização do contêiner, denominada “desova”, esvaziando a unidade de carga e devolvendo o contêiner vazio. O transportador fixa um prazo para a realização da desova, denominado *free time*. Quando não devolvido dentro do prazo pactuado nasce a *demurrage*.

Assim, a sobre-estadia do contêiner ocorre no desembarque das mercadorias e a relação ocorre com o proprietário do contêiner (credor) e importador/destinatário (devedor).

4.1.3 A sobre-estadia como cláusula penal moratória

A *demurrage* é típica obrigação acessória. Dessa forma, a doutrina clássica muitas vezes a classificava como locação em razão do contrato de fretamento.

Hoje a *demurrage* deriva do contrato de transporte. É possível classificá-la como locação? Ou talvez ela seja complementação do frete, pois a detenção do

contêiner em prazo maior que o previsto impede a utilização da unidade de carga em outras operações de transporte?

A indefinição conceitual e jurídica da *demurrage* é tema que não possui entendimento pacífico. Azeredo Santos já demonstrava em 1968 as principais correntes sobre a matéria:

São conhecidas as divergências sobre a natureza jurídica das sobrestadias, podendo-se resumi-las desta forma:

- a) é o prolongamento do tempo necessário ao carregamento do navio, não se devendo falar em culpa do carregador. Corresponderá, assim, a remuneração ou frete suplementar;
- b) é uma cláusula penal, em caso de mora, uma pena ou multa;
- c) é uma indenização devida pelo atraso nas operações de embarque e desembarque das mercadorias. Constituem ressarcimentos pelos danos emergentes e pelo lucro cessante devidos em virtude da paralisação do navio. Compensação pela execução tardia do contrato de fretamento, as sobrestadias não representam a prorrogação desse ajuste.¹⁰²

Para responder tais questões é necessário realizar uma análise no modo como o prazo e o valor da *demurrage* é pactuado atualmente.

A partir da atracação do navio no porto de destino, destacam-se três obrigações relacionadas ao contrato de transporte marítimo: a) A obrigação de pagamento ao transportador do valor do frete contratado, observando-se o INCOTERM correspondente; b) o dever de, mediante o recebimento do valor do frete contratado, a transportadora entregar o conhecimento de transporte ao consignatário da carga para o fim de instruir o subsequente processo de despacho aduaneiro, visando o desembarço das mercadorias; e c) o dever do consignatário, seja o importador ou seu representante, esvaziar e entregar os contêineres utilizados no transporte em prazo adequado.

Vale ressaltar que a obrigação de pagar assumida pelo contratante do transporte internacional, depois da entrega da mercadoria, transmuta-se em obrigação de fazer, ou seja, entregar o contêiner. Contudo, a relação contratual originária deriva de uma relação jurídica básica: a prestação de serviço de transporte marítimo.

A partir do momento do desembarque das mercadorias o transportador condiciona a entrega do conhecimento do embarque (B/L) à assinatura de um “termo de responsabilidade”. As cláusulas do referido termos são aplicadas unilateralmente e determinam, entre outras obrigações, o valor em razão de eventual atraso na devolução

¹⁰² SANTOS, Theophilo de Azeredo. Direito da Navegação – marítima e aérea. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 255.

dos contêineres. Tal termo de responsabilidade é, de fato, verdadeiro termo de adesão, com cláusulas pré-fixadas pelo transportador.

Há uma resistência na jurisprudência em reconhecer a coação enfrentada pelo importador para assinatura do referido termo. Explica-se tal poder de coação em razão de ser somente o portador do conhecimento marítimo o legitimado para efetuar o denominado desembaraço aduaneiro, que é a internalização de mercadorias estrangeiras. Ou seja, se o importador não receber uma via negociável do conhecimento de transporte não poderá instruir o despacho de importação e assim não terá acesso à mercadoria importada.

Portanto, fica claro que a *demurrage* não nasce de forma autônoma ou somente em razão da assinatura do termo de responsabilidade que fixa o seu custo. Também não é nova obrigação, mas tão somente consequência ou resultante do contrato de transporte. Assim, há que se ter em conta que “*demurrage*” não é obrigação ou instituto autônomo, ou seja, não se trata de novo contrato de locação ou comodato. É obrigação subsidiária/acessória do contrato de transporte.

Como exposto, o que se vê atualmente é a definição do valor e prazo da *demurrage* definido em termo de responsabilidade e não mais no conhecimento de embarque ou fretamento. Ainda que previsto no conhecimento de embarque, as normas de responsabilidade utilizadas são regras internacionais não internalizadas pelo direito brasileiro, portanto, sem aplicação. Dessa forma, a *demurrage* figura como verdadeira cláusula penal moratória, que pré-fixa prazo e valor da sobre-estadia. Dessa forma, as normas referentes ao instituto da cláusula penal devem ser aplicadas ao termo de responsabilidade. Caso não existisse tal termo de responsabilidade, a indenização se daria pela análise do dano emergente e do lucro cessante.

A jurisprudência paulista tem definido a *demurrage* como “indenização pré-fixada em favor do armador”.¹⁰³

¹⁰³ AÇÃO DE COBRANÇA. Demurrage. (sobreestadia). Pretensão de que a sentença de primeiro grau seja reformada, tendo em conta que a importância devida a título de demurrage deve ser tida como uma indenização pelo atraso na devolução de contêineres. Cabimento. Hipótese em que a denominada demurrage, segundo a doutrina e a jurisprudência pacífica deste Tribunal de Justiça de São Paulo, é uma indenização pré-fixada em favor do armador, que não pode dispor dos contêineres enquanto a mercadoria transportada não for desembarçada no porto, não possuindo, portanto, natureza de cláusula penal. Impossibilidade de julgamento com fundamento no artigo 285-A do Código de Processo Civil, ainda que adotado o entendimento do julgador singular, por não se tratar de matéria exclusivamente de direito. Sentença que deve ser anulada, por *error in procedendo* (violação da norma processual), a fim de possibilitar o regular prosseguimento do feito, com o oferecimento de contestação em primeiro grau de jurisdição RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - APL: 397875320108260562 SP 0039787-53.2010.8.26.0562,

Ocorre que o instituto da indenização pré-fixada é matéria presente nos países da *common law*, berço moderno do instituto *demurrage*, que inadequadamente passou a ser aplicada pela jurisprudência nacional. Porém, sob a ótica do sistema *civil law*, do qual o Brasil se filia, a natureza da *demurrage* possui outro caráter, que é a da cláusula penal moratória. Esta é a análise realizada por Flávia Carvalho:

Não obstante tratem-se de institutos com mecanismos de cobrança distintos, conforme exporemos melhor adiante, a divisão do conceito jurídico de *demurrage* só aparece no Black's Law Dictionary porque, ao contrário do que ocorre em países civilistas como o nosso, nos países em que se aplica a Common Law existe uma distinção jurídica entre os significados de multa e indenização pré-fixada para perdas e danos, tal qual nos ensina o professor Clive M. Schmitthoff: “Pela lei inglesa, uma quantia fixa a ser paga por quebra contratual pode ser uma indenização pré-fixada ou uma multa. (...) No que concerne ao tratamento das cláusulas penais contratuais em outros sistemas legais, o Sr. Peter Benjamin aduz que — a extrema complexidade das leis francesas, alemãs e soviéticas sobre as cláusulas penais, a começar pelo princípio de que as cláusulas penais são ou não são passíveis de modificação, cada sistema trabalhou sua regra, adotando uma série de exceções que deram origem a uma considerável incerteza na prática... Essas observações, entretanto, não se aplicam ao países de *common law*, onde a distinção inglesa entre indenização pré-fixada e multa se aplicam.” Realmente, no Brasil, que segue o sistema civil similar ao francês, alemão e russo mencionados pelo professor Schmitthoff, o conceito de indenização pré-fixada contratualmente enquadra-se nas hipóteses de cláusulas penais, previstas pelo nosso Código Civil em seus artigos 408 e seguintes, admitindo, inclusive, limitações à sua aplicabilidade, o que é vedado pelo sistema Inglês.¹⁰⁴

A jurisprudência tem descartado o caráter de cláusula penal da *demurrage* em razão de uma análise parcial do instituto “cláusula penal”.

É certo que a *demurrage*, pelo menos na grande maioria, ocorre de plano pelo simples atraso, sem a necessidade de demonstrar qualquer culpa. Por essa razão, a jurisprudência entende não ser a *demurrage* cláusula penal, já que desnecessária a comprovação de culpa. Resume-se tal entendimento na jurisprudência abaixo:

A natureza jurídica da *demurrage* não é de cláusula penal, mas de indenização pré-fixada em caso de inadimplemento contratual. Não há falar em culpa do devedor pelo atraso na devolução do contêiner. Para que haja o dever de indenizar, basta a demonstração da devolução do cofre fora do prazo especificado. (Apelação nº 9203130-80.2008.8.26.0000, Relatora: SANDRA GALHARDO ESTEVES, Dje em 20/02/2013).¹⁰⁵

Relator: Ana de Lourdes Coutinho Silva, Data de Julgamento: 19/10/2011, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/10/2011)

¹⁰⁴ MELO, Flávia Carvalho. Os Limites à Cobrança de *Demurrage* de Contêineres. Disponível em <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/0298.pdf>. Acesso em 09/11/2013.

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC 9203130-80.2008.8.26.0000. Rel. Sandra Galhardo Esteves. Dje em 20/02/2013.

Apesar de entendimento pacífico nesse sentido, há de se demonstrar a análise parcial e limitada de tal entendimento.

O código civil regulamenta a matéria sobre cláusula penal do artigo 408 ao artigo 416. O artigo 408 assim define: *Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.* (grifo nosso)

A leitura atenta do dispositivo é suficiente para demonstrar duas modalidades de cláusula penal: aquela que incorre *culposamente* (primeira parte do dispositivo) e aquela que *se constitui pela mora* (segunda parte do dispositivo).

O artigo 409 dirime qualquer dúvida: *A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.* (grifo nosso)

É como ensina Diniz

*A cláusula penal (stipulatio poenae) vem a ser um pacto acessório, pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não, contra a parte infrigente da obrigação, como consequência de sua inexecução completa culposa ou à de alguma cláusula especial ou de seu retardamento (CC, art. 408), fixando, assim, o valor das perdas e danos, e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal (CC, art. 409, 2ª parte). Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou abstenção de um fato (RT, 172:138/ RF, 146:254, 120:18), se não cumprir o devido ou o fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual.*¹⁰⁶

A feliz definição apresentada por Diniz é suficiente para encerrar qualquer dúvida sobre a natureza da *demurrage*. Não se precisa utilizar do instituto previsto na *common law* se nosso sistema possui regulamentação suficiente sobre o tema.

Portanto, se i) a *demurrage* é obrigação acessória, já que não existe *demurrage* sem prévio contrato de transporte; ii) está previamente fixada em termo, com prazo e valores pelo atraso; e iii) ocorre pela simples mora, inevitavelmente sua natureza é de cláusula penal moratória.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 454.

4.1.4 O transporte com contêineres como transporte multimodal

Como relatado, a sobre-estadia hoje decorre do atraso na devolução do contêiner.

A partir de tal premissa há de se buscar a norma que melhor regulamenta a relação de transporte por meio de contêineres.

O primeiro capítulo foi dedicado a demonstrar a existência de um direito de transporte no Sistema Jurídico Brasileiro atual. Porém, a existência de normas unificadas não exclui a particularidade de cada modal, o que também ficou suficientemente demonstrado.

Sobre o transporte com contêineres, a evolução legislativa demonstra que atualmente a norma que regulamenta tal operação é a Lei do Transporte Multimodal (Lei n. 9.611/1998), evolução da Lei sobre Cofres de Carga (Lei n. 4.907/1965) revogada pela Lei do Transporte Intermodal (Lei n. 6.288/1975), sendo esta última revogada pela atual norma de 1998.

O questionamento enfrentado pela jurisprudência é: todo transporte com utilização de contêineres é, necessariamente, multimodal? A análise legal e a análise pormenorizada dos atos necessários ao transporte com utilização de contêineres, apesar dos variados entendimentos, confirmam que sim, todo transporte que utiliza unidade de carga é multimodal.

O grande cerne da discussão se dá em razão da existência ou não da utilização de diferentes modais no transporte de contêineres e, caso exista, a responsabilidade de cada operação por um mesmo operador.

Segundo a norma sobre transporte multimodal, a operação de transporte só é definida dessa forma quando *regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal* (art. 2º da Lei de Transporte Multimodal).

Antes de tudo, há de se ter claro que o transporte multimodal não se refere exclusivamente ao deslocamento da mercadoria em si, mas também englobam os *serviços de coleta, unitização, desunitização, movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário, bem como a realização dos serviços correlatos que forem contratados entre a origem e o destino, inclusive os de consolidação e desconsolidação documental de cargas* (artigo 3º da Lei de Transporte Multimodal).

O transporte marítimo é atualmente operado não só pelas figuras clássicas do transportador/armador, mas também por meio de seus agentes.

É evidente que o contêiner sempre utiliza mais de um modal em seu transporte. Portanto, a definição do transporte de contêineres como multimodal centra-se na existência de um único responsável pela movimentação da unidade carga pelos variados modais.

A operação de transporte marítimo realizado por transportador internacional envolve necessariamente pelo menos três sujeitos: o transportador/armador internacional, o agente/representante nacional do transportador e o importador/destinatário.

O transportador/armador é responsável pela armação, ou seja, apresta a embarcação para navegar. Dessa forma, necessariamente, realiza pelo menos quatro operações: o serviço de coleta do contêiner, movimentação, armazenagem e consolidação documental da carga. Em relação à consolidação documental da carga, esta também se verifica pela emissão do conhecimento de transporte (B/L), que é realizada pelo transportador/armador.

O desembarque em território brasileiro é realizado pelo agente representante do transportador/armador. Este realiza pelo menos duas operações: a entrega da carga e a desconsolidação documental de cargas.

Até aqui é possível verificar a realização das operações previstas pela lei do transporte multimodal.

Cabe ressaltar que o denominado “operador multimodal” é aquele que realiza o transporte por meios próprios ou por meio de intermediários (artigo 5º da Lei de Transporte Multimodal). Ou seja, a norma prevê a atuação do agente marítimo.

Também há de se observar o parágrafo único do artigo 5º da Lei de Transporte Multimodal que diz: *O Operador de Transporte Multimodal poderá ser transportador ou não transportador*. Dessa forma, a norma prevê a atuação do NVOCC e de seu agente de carga.

O artigo 6º do Regulamento do Transporte Multimodal (Decreto n. 3.411/2000) define que *a desunitização, armazenagem, consolidação e desconsolidação de cargas na importação, bem como a conclusão da operação de transporte no regime especial de trânsito aduaneiro deverão ser realizadas em recinto alfandegado*.

Assim, o transportador/armador, ou seu agente, necessariamente deve deixar o contêiner em recinto alfandegado, sendo inevitável a utilização de outro modal.

Ainda que exista a alegação de não ocorrência da descarga direta da mercadoria, tal obrigação é facultativa. Como prevê o artigo 8º do regulamento supracitado *ao Operador de Transporte Multimodal é facultada a descarga direta de mercadoria importada, desde que esta permaneça em recinto alfandegado, no aguardo de despacho aduaneiro.*

Portanto, inevitavelmente, o transporte internacional com utilização de contêineres é multimodal.

4.2 A Responsabilidade pela ocorrência da Sobre-estadia

4.2.1 A atuação dos sujeitos no transporte e legitimidade na cobrança da *demurrage*

Hoje o transporte marítimo é realizado não só pelas figuras clássicas do remetente, armador, transportador, consignatário e destinatário. A evolução do transporte marítimo fez surgir agências especializadas nas operações de transporte, que figuram como mandatárias do transportador, do armador e do importador/destinatário.

O contrato transporte pode ser realizado exclusivamente pelo transportador. Porém, o que se torna mais comum é o contrato de transporte realizado por meio de representantes do transportador.

Na figura de mandatários do transportador há os agentes, denominado “agente marítimo” quando possuir relação com o transportador, portanto, sua relação é com o transporte, e “agente de carga” quando figurar como mandatário do armador e, portanto, responsável pela movimentação do contêiner e cargas. Sendo o transportador também armador, o agente figura como agente marítimo e agente de carga.

Em relação ao importador/destinatário também há a figura do representante. Pode-se enquadrar na categoria mandatário o “importador por conta e ordem de terceiro”¹⁰⁷, ou seja, sujeito que realiza o transporte figurando como consignatário, porém, em nome do real importador.

¹⁰⁷ Como disponível no site da Receita Federal *A importação por conta e ordem de terceiro é um serviço prestado por uma empresa – a importadora –, a qual promove, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquiridas por outra empresa – a adquirente –, em razão de contrato previamente firmado, que pode compreender ainda a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial (art. 1º da IN*

Em relação ao transporte marítimo multimodal, cabe apontar que a participação obrigatória de agência nacional na relação onde o transportador ou armador é pessoa jurídica estrangeira deriva de lei. O artigo 4º do Decreto n. 3.411/2000, que regulamenta a Lei de Transporte Multimodal, exige a presença de representante legal domiciliado no País.

Diante do grande número de sujeitos relacionados ao contrato de transporte no comércio exterior, surge a dúvida de quais desses participantes figuram como credor e devedor da *demurrage*.

No polo ativo, ou seja, o sujeito credor da *demurrage* é aquele que deixa de dispor do contêiner. Assim, há no transportador/armador a figura do credor, podendo ser também credor o NVOCC, quando proprietário ou arrendatário do contêiner.

Cabe destacar que as agentes do transportador/armador ou do NVOCC não possuem legitimidade para reclamar a *demurrage* em nome de seus representantes. É pacífico na jurisprudência que tais agências só podem agir em nome de seus representantes na cobrança da *demurrage* quando dispõem de procuração específica para tanto. É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. A empresa que no país representa outra, ainda que do mesmo grupo econômico, não pode postular em nome próprio direito que é da representada. Recurso especial conhecido e provido.

(...)

O agente marítimo é mandatário, no território nacional, do transportador estrangeiro. Logo, não são pessoas jurídicas idênticas. Ao contrário, a relação de mandato pressupõe duas pessoas distintas: mandante e mandatário. Se eles se confundem, não há mandato. Ordinariamente, uma pessoa não tem legitimidade para pleitear, em nome próprio, direito alheio. No caso concreto,

SRF nº 225/02 e art. 12, § 1º, I, da IN SRF nº 247/02). Assim, na importação por conta e ordem, embora a atuação da empresa importadora possa abranger desde a simples execução do despacho de importação até a intermediação da negociação no exterior, contratação do transporte, seguro, entre outros, o importador de fato é a adquirente, a mandante da importação, aquela que efetivamente faz vir a mercadoria de outro país, em razão da compra internacional; embora, nesse caso, o faça por via de interposta pessoa – a importadora por conta e ordem –, que é uma mera mandatária da adquirente. Em última análise, é a adquirente que pactua a compra internacional e dispõe de capacidade econômica para o pagamento, pela via cambial, da importação. Entretanto, diferentemente do que ocorre na importação por encomenda, a operação cambial para pagamento de uma importação por conta e ordem pode ser realizada em nome da importadora ou da adquirente, conforme estabelece o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI – Título 1, Capítulo 12, Seção 2) do Banco Central do Brasil (Bacen). Dessa forma, mesmo que a importadora por conta e ordem efetue os pagamentos ao fornecedor estrangeiro, antecipados ou não, não se caracteriza uma operação por sua conta própria, mas, sim, entre o exportador estrangeiro e a empresa adquirente, pois dela se originam os recursos financeiros.

Disponível

em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/TextConcat/Default.asp?Pos=2&Div=Aduana/ContaOrdemEncomenda/ContaOrdem/>>. Acesso em 07/11/2013.

o crédito decorrente da manutenção indevida dos contêineres ao longo do tempo pertence ao transportador estrangeiro, não ao agente marítimo. Não há elementos, no acórdão recorrido, que permitam concluir o contrário. Como bem ressaltou a recorrente, o agente marítimo, na condição de mandatário, pode - em tese - representar o transportador estrangeiro em juízo. Por isso, há de fazê-lo em nome do mandante, não em nome próprio. O simples fato de serem - agente marítimo e transportador estrangeiro - pessoas jurídicas distintas impede que uma exerça, em nome próprio, direito da outra. A legitimidade extraordinária exige autorização legal, que não existe no caso concreto. Por essa razão, a recorrida não tem legitimidade ativa para cobrar da recorrente direito pertencente ao transportador estrangeiro.¹⁰⁸

Assim, é defeso às agências postularem em nome próprio ação referente à *demurrage*.

Em relação sujeito devedor da *demurrage*, é possível identificar o polo passivo por meio do Incoterm e do conhecimento de transporte.

Como demonstrado no tópico relativo ao estudo da *lex mercatória*, o Incoterm define a extensão da responsabilidade do expedidor e do destinatário no transporte internacional. Assim, o expedidor pode ser responsável tanto pela simples expedição da mercadoria (*ex works*) como sua responsabilidade pode se estender à entrega da mercadoria na sede do destinatário/importador (*delivered duty paid*).

Quando a responsabilidade é do destinatário/importador, há ainda os casos em que se tem a participação da empresa importadora por conta e ordem, mandatária que assume a responsabilidade pelas operações administrativas de importação.

Dessa forma, a identificação do sujeito passivo está no conhecimento de transporte. É na identificação do consignatário (*consignee*) que se encontra o sujeito passivo da *demurrage*.

4.2.2 Abusividade do termo de responsabilidade pela devolução do contêiner

Como já relatado, no momento em que o importador, ou seu representante, procura o transportador ou sua agência para retirada do conhecimento de embarque, a entrega do mesmo é condicionada à assinatura de termo de responsabilidade.

O referido termo possui cláusulas pré-fixadas pelo transportador, sendo que são comumente impostos unilateralmente os prazos para devolução dos contêineres (*free time*), o valor a título de sobre-estadia e o foro de eleição.

¹⁰⁸ STJ - REsp: 1002811 SP 2006/0268194-5, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 07/08/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2008.

O importador está obrigado a assinar tal termo, sob pena de não ter o respectivo conhecimento liberado e, via de consequência, a impossibilidade de liberação das respectivas cargas.

Assim, não há liberdade contratual nos valores a título de *demurrage*, foro de eleição ou prazo de *free time*. Todas essas cláusulas são impostas unilateralmente pelo transportador, sendo não raras práticas que podem ser consideradas abusivas.

Exemplo de prática abusiva se verifica em relação ao valor diário imposto, considerando que os preços aplicados à *demurrage* estão muito acima, por exemplo, do preço de *leasing* dos contêineres. Melo observa:

Outro fator muito importante há de ser destacado em nosso estudo: a realidade do transporte marítimo no Brasil, que é bastante diferente da realidade do transporte marítimo internacional. Com a constante queda nos preços dos fretes, a cobrança da *demurrage* de contêiner no Brasil tornou-se para os armadores um excelente negócio, superando muitas vezes a lucratividade de sua própria atividade fim. Enquanto um contêiner simples de 20'', obtido por sistema de *leasing* custa ao armador, em média, US\$1,50 por dia, as taxas de *demurrage* praticadas no mercado nacional e cobradas dos usuários dos serviços de transporte marítimo rendem, em média, US\$ 30,00 por dia ao armador, sem qualquer limitação, caracterizando lucro exorbitante.¹⁰⁹

Quanto ao tempo necessário para desova dos contêineres, o agente do transportador conhece os entraves burocráticos de nossos portos, além dos problemas logísticos enfrentados pela falta de espaço nos portos brasileiros, que tornam a operação de internalização das mercadorias importadas uma operação de longos dias, o que torna questionável a boa-fé na aplicação das cláusulas do termo de responsabilidade. Outrossim, pode-se deduzir que o transportador internacional, por não conhecer a dificuldade enfrentada pelo importador, aplica cláusulas padronizadas dissociadas à realidade portuária brasileira. A consequência é a concessão de prazo de *free time* muito inferior ao necessário para internalização das mercadorias, tornando o que seria exceção uma regra. Diante dos preços a título de *demurrage*, mais válido ao importador comprar e entregar um contêiner novo ao transportador do que pagar o valor exigido.

O importador nessa relação, ainda que não seja caracterizada como de consumo, apresenta-se como a parte vulnerável do negócio contratual em razão da desigualdade de poder negocial no momento da liberação das mercadorias, sendo que a

¹⁰⁹ MELO, Flávia Carvalho. Os Limites à Cobrança de *Demurrage* de Contêineres. Disponível em <http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/0298.pdf>. Acesso em 09/11/2013.

elaboração do termo de obrigação está viciada e condicionada pela vontade do transportador.

A jurisprudência possui dificuldade em reconhecer a vulnerabilidade do importador nessa situação. Os tribunais só admitem a existência de vulnerabilidade nas situações em que o importador figura como consumidor intermediário (teoria finalista temperada)¹¹⁰.

Porém, não se precisa buscar no direito do consumidor a proteção ao vulnerável contratual. Tal verificação decorre da análise fática da relação negocial e o código civil é suficiente na proteção do vulnerável contratual. É como ensina Eliseu Jusefovicz:

Tudo indica que, independentemente de ser ou não, uma relação de consumo, o controle interno do conteúdo contratual deve sustentar-se sempre que a parte mais forte, aproveitando-se do seu poder negocial ou da situação de desigualdade, predispões cláusulas no contrato que, por um lado, internalizam direitos e benefícios, e, por outro lado, externalizam custos, impondo à contraparte (mais fraca) obrigações, encargos, ônus, etc., que criam uma situação de grave desequilíbrio contratual.¹¹¹

É a equidade condição necessária à análise da relação negocial realizada entre importador e transportador e é em razão da equidade que a jurisprudência não pode aceitar os valores impostos a título de *demurrage* e as demais cláusulas do termo de responsabilidade como “prática comercial”. O costume previsto no ordenamento é o bom costume, e não qualquer prática.

É verdade que o princípio do *pacta sunt servanda* possui uma aplicação de maior intensidade nas relações empresariais. Contudo, tal princípio, antes orientador dos contratos pelo código civil de 1916, deu lugar ao princípio da boa-fé no novo código civil de 2002. Como ensina Alves:

A irrevogabilidade ou imutabilidade do *pacta sunt servanda*, cujo axioma configura o princípio da obrigatoriedade dos contratos, em observância de que os pactos devem ser cumpridos (art. 427), com risco de perdas e danos pelo inadimplemento (art. 389), cede lugar a uma relatividade dogmática, a reprimir a falta de idêntica liberdade entre as partes contratantes, o proveito injustificado, a onerosidade excessiva, admitindo a correção dos rigores

¹¹⁰ É da jurisprudência do STJ: *O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte* (STJ, AgRg no Ag n. 1316667/RO, rel. Min. Vasco Della Giustina (convocado do TJ/RS), j em 15-2-2011)

¹¹¹ JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos – Proteção Contra Cláusulas Abusivas*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 49.

contratuais ante o desequilíbrio contratual. (...) A primeira novidade é, portanto, a oferecida pelo art. 421 do Código, acentuando a diretriz da sociabilidade do direito, com o princípio da função social do contrato, ao dispor que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes, como adverte José Lourenço, valendo como exemplo os contratos de adesão. O reflexo social da norma serve de escopo de garantia ao íntegro equilíbrio entre os interessados dos contratantes e os da comunidade, superando a dicotomia entre interesses privados e coletivos.”¹¹²

Há ainda de se observar o foro de eleição imposto pelo transportador ou agente.

O transportador utiliza o referido termo de responsabilidade para introduzir as cláusulas previstas nas normas internacionais sobre conhecimento de embarque (B/L) não ratificado pelo ordenamento brasileiro. Assim, o foro imposto é sempre o domicílio do transportador ou agente.

O artigo 122 do Código Civil veda a imposição de cláusulas que *sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes*. Tal ensinamento também se extrai do artigo 111 do Código de Processo Civil de 1973, que exige liberdade na eleição do foro. Assim, tal cláusula possui verdadeiro caráter potestativo, o que é vedado pelo nosso ordenamento¹¹³. Diante de tais dispositivos, o reconhecimento da nulidade do foro de eleição imposta nos termos de responsabilidade de devolução de contêiner deve ser reconhecido de ofício, como prevê o artigo 112 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, o olhar sobre o termo de responsabilidade com cláusulas padronizadas sobre a cobrança de *demurrage* deve ser o da equidade, indo além da aparente autonomia da vontade, aspecto presente na concepção clássica do direito civil, voltando-se para a nova doutrina estabelecida pelo atual código civil, que prepondera os princípios da função social e econômica do contrato e da boa-fé.

¹¹² ALVES, Jones Figueirêdo. In. Código Civil comentado. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 348-349.

¹¹³ É da jurisprudência: *AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO FIRMADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. CLÁUSULA POTESTATIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. (...) A lei (art. 122 do CCB) veda a condição puramente potestativa, que é aquela cuja realização vincula-se, tão só e diretamente, ao querer do declarante. Nessa hipótese, em que da observância da cláusula de eleição de foro resulta prejuízo à defesa dos interesses da parte, é de rigor o reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição de foro. Precedentes desta Corte. AGRADO PROVIDO. (TJ-RS - AI: 70049622970 RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 26/09/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/09/2012).*

4.2.3 Vedação ao despachante aduaneiro pactuar termo de responsabilidade pela devolução dos contêineres

Prática que vem se reiterando é a assinatura do termo de responsabilidade pela devolução dos contêineres em nome do importador por meio do despachante aduaneiro. Apesar de entendimento diverso por alguns tribunais, a norma é clara ao determinar que o despachante aduaneiro não possui poder para tanto.

O despachante aduaneiro e seus ajudantes, como informa o site da receita federal, *podem praticar em nome dos seus representados os atos relacionados com o despacho aduaneiro de bens ou de mercadorias, inclusive bagagem de viajante, transportados por qualquer via, na importação ou na exportação*¹¹⁴.

Como indica a informação, a função do despachante aduaneiro é restrita à atividade de despacho aduaneiro, que por sua vez

tem por finalidade verificar a exatidão dos dados declarados pelo exportador ou importador em relação à mercadoria exportada ou importada, aos documentos apresentados e à legislação vigente, com vistas ao desembaraço. Em virtude do desembaraço é autorizada a saída da mercadoria para o exterior, no caso de exportação, ou a entrega da mercadoria ao importador, no caso de importação.¹¹⁵

Portanto, suas atividades são restritas às operações de caráter administrativo junto aos órgãos públicos que fiscalizam a importação.

Para o exercício dessas atividades o importador concede procuração ao despachante aduaneiro, sendo que este pode exercer tão somente as operações previstas na Instrução Normativa RFB n. 1.209/2011, que regulamenta as atividades do despachante aduaneiro. Assim prevê o artigo 2º da referida instrução normativa:

Art. 2º São atividades relacionadas ao despacho aduaneiro de mercadorias, inclusive bagagem de viajante, na importação, na exportação ou na internação, transportadas por qualquer via, as referentes a:
I - preparação, entrada e acompanhamento da tramitação e apresentação de documentos **relativos ao despacho aduaneiro**;
II - subscrição de documentos **relativos ao despacho aduaneiro**, inclusive termos de responsabilidade; (trata do art. 337 do Regulamento Aduaneiro já apresentado)

¹¹⁴ Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/procaduexpimp/DespachanteAdu.htm>>. Acesso em 12/11/2013.

¹¹⁵ Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/procaduexpimp/despadumercad.htm>>. Acesso em 12/11/2013.

III - ciência e recebimento de intimações, de notificações, de autos de infração, de despachos, de decisões e de outros atos e termos processuais **relacionados com o procedimento de despacho aduaneiro**;

IV - acompanhamento da verificação da mercadoria **na conferência aduaneira**, inclusive da retirada de amostras para assistência técnica e perícia;

V - recebimento de mercadorias desembaraçadas;

VI - solicitação e acompanhamento de vistoria aduaneira; e

VII - desistência de vistoria aduaneira.

§ 1º Somente mediante cláusula expressa específica do mandato poderá o mandatário subscrever termo de responsabilidade **em garantia do cumprimento de obrigação tributária**, ou pedidos de restituição de indébito, de compensação ou de desistência **de vistoria aduaneira**.

§ 2º A RFB poderá dispor sobre outras atividades **relacionadas ao despacho aduaneiro de mercadorias**.

§ 3º Na execução de suas atividades, o despachante aduaneiro poderá contratar livremente seus honorários profissionais. (grifo nosso)

Já o artigo 3º da instrução normativa é taxativo:

Art. 3º O despachante aduaneiro poderá representar o importador, o exportador ou outro interessado **no exercício das atividades relacionadas acima**. (grifo nosso)

Assim, o despachante aduaneiro só pode representar o importador para o exercício das atividades relativas ao despacho aduaneiro, conforme artigo 5º do Decreto-Lei n. 2.472/1988¹¹⁶.

Ocorre que no momento do desembarque não é incomum o despachante aduaneiro exorbitar do seu poder de mandato e assinar em nome do importador o termo de responsabilidade de devolução de contêineres.

Assim, quando o termo de responsabilidade é assinado por despachante aduaneiro, o importador está liberado das obrigações assumidas pelo despachante, desde que não ratifique expressamente o termo de responsabilidade, em razão do artigo 662 do Código Civil que é claro: *Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.*

É como ensina Silvio Rodrigues: *O mandatário age em nome do constituinte, dentro dos poderes conferidos na procuração. Se exorbita, não vincula o*

¹¹⁶ Diz o artigo: Art. 5º A designação do representante do importador e do exportador poderá recair em despachante aduaneiro, relativamente ao despacho aduaneiro de mercadorias importadas e exportadas e em toda e qualquer outra operação de comércio exterior, realizada por qualquer via, inclusive no despacho de bagagem de viajante.

*mandante, pois, em vez de agir como procurador, atua como mero gestor de negócios.*¹¹⁷

Dessa forma, a assinatura de termo de responsabilidade pela devolução de contêineres pelo despachante aduaneiro exonera qualquer obrigação sobre o importador.

4.2.4 Direito de Regresso em face da União

Um dos maiores motivos do importador incorrer em sobre-estadia é a burocracia presente nos portos brasileiros. Dessa forma, não são raras as vezes em que a ausência de autorização da administração para a realização do desembaraço aduaneiro decorre em sobre-estadia por parte do importador.

Conforme artigo 51 do Decreto-Lei n. 37/1966, que dispõe sobre os serviços aduaneiros, *Concluída a conferência aduaneira, sem exigência fiscal relativamente a valor aduaneiro, classificação ou outros elementos do despacho, a mercadoria será desembaraçada e posta à disposição do importador.*

O desembaraço aduaneiro tem início com o registro da declaração de importação. A partir do referido registro a Receita Federal submete todas as mercadorias importadas à “parametrização”, que é a análise fiscal da mercadoria em um dos quatro canais de conferência (verde, amarelo, vermelho e cinza)¹¹⁸.

Cada canal de parametrização determina o grau de fiscalização sofrida pela mercadoria. Assim:

A importação selecionada para o canal verde é desembaraçada automaticamente sem qualquer verificação. O canal amarelo significa conferência dos documentos de instrução da DI e das informações constantes na declaração. No caso de seleção para o canal vermelho, há, além da conferência documental, a conferência física da mercadoria. Finalmente, quando a DI é selecionada para o canal cinza, é realizado o exame documental, a verificação física da mercadoria e a aplicação de procedimento

¹¹⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade. Vol. 3. 28 ed. p. 292.

¹¹⁸ Conforme informa a Receita Federal: *A DI é formulada pelo importador ou seu representante legal no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) e consiste na prestação das informações constantes do Anexo Único da IN SRF nº 680/06, de acordo com o tipo de declaração e a modalidade de despacho aduaneiro.*

Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/procaduexpimp/despaduimport.htm>. Acesso em 12/11/2013.

especial de controle aduaneiro, para verificação de elementos indiciários de fraude, inclusive no que se refere ao preço declarado da mercadoria.¹¹⁹

Sendo selecionada para o canal verde a mercadoria deve ser desembaraçada automaticamente.

Nos casos de entrega antecipada da Declaração de Importação – DI o desembaraço deve ocorrer no prazo de cinco dias, conforme artigo 48, §7º da Instrução Normativa SRF n. 680/2006¹²⁰, que disciplina o despacho aduaneiro de importação.

Independente do canal de parametrização, sendo determinado o procedimento especial de controle aduaneiro o prazo para liberação pode levar de 90 a 180 dias.

Conforme artigo 1º da Instrução Normativa n. RFB n. 1.169/2011, que regulamenta o procedimento mencionado, aplica-se o procedimento especial de controle aduaneiro em razão de suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento.

Segundo o artigo 9º da Instrução Normativa RFB n. 1.169/2011, o procedimento especial deve ser concluído no prazo máximo de 90 dias, sendo que tal prazo pode ser revogado por igual período. Ou seja, as mercadorias podem ficar retidas indevidamente por até 180 dias.

Assim, quando há excesso de tempo injustificável no desembaraço aduaneiro em razão de eventual greve na Receita Federal, excessos na parametrização ou infundada suspeita de irregularidade, cabe à União o ressarcimento ao importador que incorre em sobre-estadia.

Assim é o entendimento da jurisprudência:

APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE DESPACHO ADUANEIRO. DESPESAS DE ARMAZENAGEM. RESSARCIMENTO. DESPESAS DE ARMAZENAGEM. SOBRESTADIA DE CONTÊINERES. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. PORTO. RETENÇÃO INDEVIDA. DEMURRAGE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Indenização por danos materiais decorrentes das despesas a título de armazenagem e manutenção

¹¹⁹ Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/procaduexpimp/despadiimport.htm>>. Acesso em 12/11/2013.

¹²⁰ Diz o referido dispositivo: Art. 48. *Concluída a conferência aduaneira a mercadoria será imediatamente desembaraçada. (...)§ 7º Na hipótese prevista no art. 47, decorridos 5 (cinco) dias úteis da realização da entrega antecipada, ou do fim do prazo para a entrega dos documentos de instrução da DI, a eventual exigência fiscal não cumprida será formalizada em termo próprio e, depois da ciência deste pelo importador, a DI será desembaraçada. (Incluído pela Instrução Normativa RFB nº 1.356, de 3 de maio de 2013).* Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2006/in6802006.htm>>. Acesso em 21/11/2013.

dos produtos no porto, além de despesas de sobreestadia na utilização dos contêineres do transportador. Os valores pagos pela autora a título de demurrage, pela sobreestadia dos contêineres no porto, realmente devem ser ressarcidos pela UNIÃO. Isso porque, caso a UNIÃO tivesse autorizado a desova, quando requerida, essas despesas não teriam sido carreadas em desfavor da autora. A autora, pelo seu despachante aduaneiro, tomou a iniciativa correta: postulou a desova. Mas esta somente pode ser realizada pelo TCP se for autorizada pela Receita Federal. A falta de autorização, injustificável no caso concreto, deu origem aos danos patrimoniais comprovados no autos. Responsabilidade da União pela demora na liberação das mercadorias. (TRF-4 - APELREEX: 28612 PR 2005.70.00.028612-6, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 22/03/2011, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 28/03/2011).

Dessa maneira, comprovado o excesso injustificável que acarreta sobreestadia do contêiner, o importador tem direito à ação regressiva em face da União.

4.3 O Prazo de Prescrição da Sobre-estadia do Contêiner

4.3.1 As normas sobre prescrição no direito de transporte

O código comercial, no título dedicado à prescrição, previa no artigo 449 prazo prescricional de um ano às *ações de frete e primagem, estadias e sobreestadias, e as de avaria simples, a contar do dia da entrega da carga*.

Com a revogação de toda a primeira parte do código comercial realizada pelo código civil de 2002, que acabou por revogar a regra prescricional geral sobre *demurrage*, nasce uma das matérias mais debatidas em matéria de sobre-estadia que é o atual prazo de prescrição para intentar ação de cobrança de *demurrage*.

Como nosso sistema jurídico constituiu um verdadeiro direito dos transportes, a análise da prescrição da *demurrage* não deve estar dissociada às regras aplicada nos outros modais, razão pela qual se passa a analisar as normas sobre prescrição no direito de transporte brasileiro, sob o viés comercial/empresarial.

Já que a *demurrage* nasce no transporte de coisas, não serão analisados os casos relativos ao transporte de pessoas que, na maioria dos casos, aplica as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, oportuno apontar o Projeto do Novo Código Comercial, PL n. 1.572/2011, da Câmara dos Deputados, o qual prevê em seu artigo 291, inciso I, alínea 'c': *Art. 291. Prescreve: I – em um ano, a pretensão: (...) c) de responsabilizar qualquer das partes*

*de contrato de transporte de carga, em decorrência deste, contado da data da entrega da carga no destino, ou, não tendo havido entrega, do nonagésimo dia seguinte à data prevista.*¹²¹.

Sobre as regras em vigor, apresenta-se a análise a partir da precursora norma sobre responsabilidade objetiva no transporte, o Decreto n. 2.681/1912 que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. O referido decreto traz em seu artigo 9º a seguinte regra: *A liquidação da indenização prescreverá no fim de um ano, a contar da data da entrega, nos casos de avaria, e, nos casos de furto ou perda, a contar do trigésimo dia após aquele em que, de acordo com os regulamentos, devia ter-se efetuado a entrega.* Dessa forma, a prescrição por ela prevista é a ânua.

Sobre a modalidade rodoviária, a Lei n. 11.442/2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta e ordem de terceiros, regulamenta a regra prescricional no seu artigo 18. Diz o dispositivo: *prescreve em 1 (um) ano a pretensão à reparação pelos danos relativos aos contratos de transporte, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano pela parte interessada.* Da mesma forma que a norma de 1912, a prescrição prevista no transporte rodoviário de cargas é a prescrição ânua.

Em relação ao transporte aéreo, a Convenção de Varsóvia para unificação de de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, internalizada pelo Decreto n. 20.704/1931, prevê em seu artigo 29 que *a acção de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois annos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.* Tal regra representou parâmetro para o Código Brasileiro de Aeronáutica, o qual também prevê prazo de prescrição de dois anos em seu artigo 317¹²².

¹²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.572/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 12/11/2013.

¹²² Diz o dispositivo: Art. 317. *Prescreve em 2 (dois) anos a ação: I - por danos causados a passageiros, bagagem ou carga transportada, a contar da data em que se verificou o dano, da data da chegada ou do dia em que devia chegar a aeronave ao ponto de destino, ou da interrupção do transporte; II - por danos causados a terceiros na superfície, a partir do dia da ocorrência do fato; III - por danos emergentes no caso de abaloamento a partir da data da ocorrência do fato; IV - para obter remuneração ou indenização por assistência e salvamento, a contar da data da conclusão dos respectivos serviços, ressalvado o disposto nos parágrafos do artigo 61; V - para cobrar créditos, resultantes de contratos sobre utilização de aeronave, se não houver prazo diverso neste Código, a partir da data em que se tornem exigíveis; VI - de regresso, entre transportadores, pelas quantias pagas por motivo de danos provenientes de abaloamento, ou entre exploradores, pelas somas que um deles haja sido obrigado a*

Da mesma forma que a Convenção de Varsóvia, a Convenção de Montreal para unificação de certas regras sobre transporte aéreo internacional, Decreto n. 5.910/2006, prevê em seu artigo 35 que *o direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte.*

Partindo para a análise sobre o transporte marítimo, pertinente apontar a regra prevista pelo Decreto-Lei n. 116/1967, sobre responsabilidade nas operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água. Tal norma prevê no artigo 8º que: *prescrevem ao fim de um ano, contado da data do término da descarga do navio transportador, as ações por extravio de carga, bem como as ações por falta de conteúdo, diminuição, perdas e avarias ou danos à carga.* Mais uma vez, a regra prevista é a mesma anteriormente regulamentada pelo código comercial, qual seja, a prescrição anual.

Por último, mas não menos importante, destaca-se a Lei n. 9.611/1998 sobre Transporte Multimodal. A norma sobre transporte multimodal determina em seu artigo 22 que *as ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado da data da entrega da mercadoria no ponto de destino ou, caso isso não ocorra, do nonagésimo dia após o prazo previsto para a referida entrega, sob pena de prescrição.* Da mesma forma que as outras normas, o prazo prescricional é o prazo anual.

Portanto, inegável que o direito de transporte brasileiro prestigia o prazo anual para análise sobre responsabilidade derivada do contrato de transporte, exceção presente no transporte aéreo em razão da influência realizada pelos tratados internacionais.

pagar, nos casos de solidariedade ou ocorrência de culpa, a partir da data do efetivo pagamento; VII - para cobrar créditos de um empresário de serviços aéreos contra outro, decorrentes de compensação de passagens de transporte aéreo, a partir de quando se tornem exigíveis; VIII - por danos causados por culpa da administração do aeroporto ou da Administração Pública (artigo 280), a partir do dia da ocorrência do fato; IX - do segurado contra o segurador, contado o prazo do dia em que ocorreu o fato, cujo risco estava garantido pelo seguro (artigo 281); X - contra o construtor de produto aeronáutico, contado da ocorrência do dano indenizável.

4.3.2 As principais correntes jurisprudenciais sobre prescrição na sobre-estadia do contêiner

Atualmente existem quatro correntes jurisprudenciais na aplicação da prescrição da *demurrage*: i) a aplicação do prazo de 10 anos; ii) a aplicação do prazo de 05 anos; iii) a aplicação do prazo de 03 anos; iv) a aplicação do prazo de 01 ano.

Apenas um parêntese antes da análise de cada corrente, cabe destacar que até mesmo o termo inicial da contagem do prazo prescricional não encontra entendimento pacífico. Há decisões que entendem ser a devolução do contêiner o marco inicial da prescrição¹²³. O outro entendimento aplica o primeiro dia posterior ao termo do *free time* como termo inicial de prescrição.

Se da violação ao direito nasce a pretensão, conforme artigo 189 do Código Civil, a *demurrage*, ou seja, a cláusula moratória tem seu prazo prescricional contado do término do *free time*. Assim, passado o prazo concedido pelo transportador/armador para devolução do contêiner vazio nasce o poder/pretensão de exigir a devolução do contêiner e, conseqüentemente, inicia-se o prazo prescricional. Tal posicionamento já foi manifestado pelo Ministro Fernando Gonçalves em decisão monocrática:

Deve ser tomada a data da descarga como "dies a quo" do prazo, porque ela também é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional, comprovando a apelada a retenção do container por cento e vinte e oito dias" (fls. 89), assim procede com base nos elementos de convicção dos autos. (STJ - Ag: 1073457, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Publicação: DJe 04/09/2009)

Na mesma linha:

COBRANÇA. Transporte marítimo. Contêineres. Taxa de sobre-estadia (*demurrage*). Documentos comprobatórios das datas de devolução dos contêineres vazios que fazem prova inequívoca do atraso em sua devolução. Prazo *free time* que teve início na data da entrega. Inadmissibilidade da insurgência da ré contra os valores cobrados a título de *demurrage*, na medida em que deve ser tomada a data da descarga como *dies a quo* do prazo, porque este também é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. (TJ-SP - APL: 615721620078260000 SP 0061572-16.2007.8.26.0000, Relator: Paulo Pastore Filho, Data de Julgamento: 19/10/2011, 17ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/10/2011)

¹²³ COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SOBREESTADIA DE 'CONTAINERS'. CÓDIGO COMERCIAL, ART. 449, INCISO 3º. LEI Nº 6.288, DE 1975, ART. 3º. A sobreestadia de 'container' se equipara, para os efeitos da prescrição, à sobreestadia de navio (REsp nº 176.903, PR), mas o termo inicial do prazo só inicia após a devolução do 'container', porque antes disso o respectivo proprietário não sabe qual a extensão do seu direito. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 163897 SP 1998/0009420-2, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 29/05/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/08/2001 p. 143 JBCC vol. 193 p. 242)

Portanto, o término do *free time* determina o início da prescrição da *demurrage*.

Partindo para a análise das correntes jurisprudenciais sobre prescrição da *demurrage*, inicia-se o presente estudo com a corrente decenal.

A corrente que reconhece como prazo de prescrição da *demurrage* o prazo geral do artigo 205 do Código Civil é a de menor expressão. A justificativa para aplicação da regra geral de prescrição, segundo a jurisprudência que se filia a essa tese, é a ausência de norma específica sobre o tema:

AÇÃO DE COBRANÇA CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO
Alegação da apelante de ocorrência da prescrição. NÃO OCORRÊNCIA:
Nas ações de cobrança de tarifas de sobre-estadias de containers aplica-se o prazo prescricional de dez anos, previsto no artigo 205 do Código Civil, em razão de falta de previsão legal de prazo menor. Inaplicabilidade da lei 9611/1998. (TJSP. AC 0028513-24.2012.8.26.0562. Rel. Des. Israel Góes dos Anjos. Dje 11/11/2013)

Diante das demais teses, tais argumentos se mostram frágeis, já que não analisam de forma adequada a relação que enseja na *demurrage*. Cabe ressaltar que o transporte marítimo sempre primou por prazos curtos, sendo completamente destoante da complexidade da causa um prazo tão longo.

A segunda corrente, que aplica a prescrição quinquenal, deriva de recente posição da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça e quase não possui aplicação pelos tribunais inferiores. A decisão proferida no dia 15 de outubro de 2013 no Recurso Especial n. 1.355.173 SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, entende que a *demurrage* é dívida líquida prevista em contrato, de modo a incidir artigo 206, parágrafo 5º, inciso I, do Código Civil. É do informativo do site do STJ:

A Quarta Turma entendeu que, quando oriunda de disposição contratual, que estabelece os dados e critérios necessários ao cálculo dos valores devidos (aferidos, após a devolução do container, com a multiplicação dos dias de atraso pelo valor das diárias), a taxa de sobre-estadia gera dívida líquida e certa. Por isso, incide o prazo prescricional de cinco anos, previsto no artigo 206, parágrafo 5º, inciso I, do Código Civil.

No caso em que não conste no contrato de afretamento nenhuma previsão acerca da devolução tardia do container, eventual demanda que vise a cobrança dos valores de sobre-estadia obedecerá ao prazo de dez anos, tendo em vista a ausência de disposição legal prevendo prazo menor, conforme estabelece o artigo 205 do Código Civil.

Antes da vigência do Código Civil de 2002, o STJ entende que deve prevalecer o prazo prescricional de um ano, previsto pelo artigo 449 do Código Comercial para os casos de *demurrage*. Em um recurso do Paraná (REsp 176.903), o Tribunal decidiu que há equiparação entre a devolução

tardia do container e a sobre-estadia do navio, aplicando-se o prazo anual. Esse artigo, contudo, foi revogado pelo Código Civil de 2002.¹²⁴

Ora, o termo de responsabilidade pela devolução de contêineres que, em geral, contém os valores diários da *demurrage* é suficiente para demonstrar que não existe valor líquido pela sobre-estadia. O valor a título de *demurrage* só é apurado quando a sobre-estadia cessa. Dessa forma, impossível aplicar o prazo de cinco anos do artigo 206, §5º, I, do Código Civil.

A terceira corrente é a que possui maior aplicação. A jurisprudência que aplica o prazo trienal vê na *demurrage* uma reparação civil, entendendo que o valor pré-fixado busca a recomposição decorrente do dano emergente e lucro cessante ocorrido com a sobre-estadia. É exemplo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

Nesta senda, tendo em vista que a condenação não constitui mera multa por inadimplemento contratual, mas sim indenização por lucro cessante decorrente do prejuízo causado ao Requerente pela impossibilidade de disponibilizar os contêineres a outros clientes, tem-se que a pretensão para a cobrança judicial é regida pelo prazo prescricional descrito no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil vigente, qual seja, trienal. (TJSC. AC 2013.047095-3. Rel. Des. Saul Steil. Dje. 15/10/2013)

Apesar de a jurisprudência que aplica a prescrição trienal possuir raciocínio jurídico compatível com a natureza jurídica por ela reconhecida à *demurrage*, tal entendimento não é compatível com o sistema jurídico do direito de transporte brasileiro ou com o conceito de reparação civil.

A reparação civil nasce de um ato ilícito. Ato ilícito é diferente de inadimplemento contratual, pois deriva da violação à lei. A *demurrage*, ainda que não seja caracterizada cláusula moratória, não é ato ilícito, mas violação ao contrato. Sobre o tema, pertinente a análise realizada pelo Ministro Sidnei Beneti, do Superior Tribunal de Justiça realizada em causa derivada de ação de rescisão contratual:

(...)se a pretensão formulada pela parte em Juízo não é de ressarcimento, mas de outra natureza, como, por exemplo, de cobrança, de anulação de ato jurídico, de indenização, de constituição de situação jurídica, não será o caso de aplicação de prazo trienal estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV.

16.- No caso dos autos, a pretensão formulada pelos recorridos não foi de ressarcimento, mas inegavelmente de cobrança, razão pela qual não se lhe pode aplicar o disposto no artigo 206, § 3º, IV, acima analisado.

¹²⁴Disponível em

<www.stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impresao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=111799>.

Acesso em 12/11/2013.

17.- Igualmente descabe falar na incidência do artigo 206, § 3º, IV, do Código, porque, no caso dos autos, tampouco se trata de reparação civil.

Reparação civil é expressão que designa indenização por perdas e danos, estando associada, necessariamente, às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tendo por antecedente o ato ilícito. A pretensão de cobrança formulada não tem natureza indenizatória, não decorre de danos sofridos em razão de ato ilícito nem se associa, de nenhuma forma, ao princípio do *neminem laedere* que serve de lastro para toda a doutrina da responsabilidade civil.

Com efeito, a restituição dos valores pagos durante o período de normalidade contratual constitui consectário lógico da própria rescisão do negócio jurídico. A mesma obrigação é que impõe a ambas as partes restituir as coisas ao estado anterior.

Assim, a pretensão de restituição de valores pagos em razão de desfazimento de negócio jurídico, a qual não foi objeto da sentença judicial anulatória, submete-se ao prazo prescricional geral de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do Código Civil, e não ao prazo especial de 3 (três), constante do art. 206, § 3º, IV e V, do mesmo diploma.

18.- Afastada a incidência do artigo 206, § 3º, incisos IV e V, cumpre reconhecer, por exclusão dos preceitos específicos invocados, a incidência do prazo fixado no artigo 205 do Código Civil, conforme, aliás, antes afirmado por ambas as instâncias ordinárias. (STJ. REsp. 1.297.607/RS. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJe. 04.04.2013) (grifo nosso)

Assim, inaplicável a previsão do artigo 206, §3º, V do Código Civil, de modo que a quarta corrente é a que melhor se enquadra à aplicação da *demurrage*.

A quarta corrente entende que o prazo aplicável à sobre-estadia de contêineres é o prazo anual:

COBRANÇA SOBREESTADIA DE CONTÊINERES PRESCRIÇÃO
Revogação do art. 449, III, do Código Comercial, que tratava da prescrição anual de sobreestadia (art. 2045 do Código Civil de 2002) Aplicação, por analogia, do prazo prescricional anual previsto no art. 22 da Lei nº 9.611/98 - Ajuizamento da ação quando já transcorrido o prazo prescricional anual previsto na lei de regência. Recurso negado.

(...)

Como o transporte multimodal de cargas compreende, “*além do transporte em si, os serviços de coleta, unitização, desunitização, movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário, entre outros serviços correlatos que forem contratados entre a origem e o destino.*” (art. 3º, Lei nº 9.611/98), tem-se que as ações para cobrança de sobreestadia de contêineres enquadram-se dentre aquelas oriundas do não cumprimento de responsabilidades decorrentes do transporte multimodal, prescrevendo, portanto, no prazo de um ano e não em 10 anos (art. 205 do Código Civil). A lei especial, na hipótese, prevalece sobre a norma geral do Código Civil, que tem aplicação subsidiária, havendo de incidir o princípio de que legis specialis per generalis non derogat, de forma que “*sempre que para um caso específico houver norma jurídica própria (especial), não se aplica o disposto em norma de âmbito de incidência mais largo (geral)*” (Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Civil, vol. 1, Ed. Saraiva, p. 72).

Ademais, a aplicação da prescrição anual prevista na Lei 9.611/98, além de manter a isonomia de tratamento entre as pretensões decorrentes do contrato de transporte marítimo, impede a colidência com a sistemática do Código Civil de 2002, que primou pela redução dos prazos prescricionais.

Portanto, incide no caso a prescrição anual prevista na Lei 9.611/98.

(TJSP. AC 0030767-67.2012.8.26.0562. Rel. Des. Francisco Gaiquinto. DJe. 07/11/2013) (grifos no original)

Esse entendimento deriva da aplicação analógica das normas de direito de transporte, de modo a manter a isonomia no tratamento da responsabilidade no contrato de transporte e a harmonia do sistema de transporte brasileiro, além de manter a coerência de redução dos prazos prescricionais realizado pelo Código Civil de 2002.

Há críticas quanto ao posicionamento dessa corrente pelo entendimento de parte da doutrina na impossibilidade de aplicação analógica de normas sobre prescrição.

Apesar de tal entendimento, não existe qualquer vedação legal à aplicação analógica das normas sobre prescrição. Aliás, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro define como primeira regra para integração do direito, diante da lacuna normativa, a analogia. Diz seu artigo 4º: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

Como demonstrado, o debate sobre a prescrição da *demurrage* está longe de encerrar. Apesar do entendimento apresentado por cada corrente, a análise da prescrição da *demurrage* se mostra muito simples se analisarmos adequadamente sua natureza jurídica, o que será realizado a seguir.

4.3.3 A aplicação da prescrição ânua da Lei de Transporte Multimodal

Como inicialmente demonstrado, o direito de transporte brasileiro privilegia o prazo prescricional ânua nos contratos de transporte.

Mais do que isso, também restou demonstrado que o transporte marítimo internacional com uso de contêineres necessariamente é multimodal.

Dessa forma, a aplicação da prescrição na *demurrage* é a prevista no artigo 22 da Lei de Transporte Multimodal (Lei n. 9.611/1998), que diz:

As ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado da data da entrega da mercadoria no ponto de destino ou, caso isso não ocorra, do nonagésimo dia após o prazo previsto para a referida entrega, sob pena de prescrição.

Tal entendimento não é novo na jurisprudência, mas é pouco explorado. São duas decisões da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do ano de 2010, as precursoras da análise aqui referendada. Dizem suas ementas:

COBRANÇA - Sobreestadia de "containers" - Prescrição anua - Movimentação dos cofres intactos em uma só operação do porto de origem até a sede da empresa destinatária onde foi descarregado seu conteúdo, utilizando sucessivamente via marítima e terrestre - Caracterização dela como multimodal, para efeitos da aplicação da Lei 9.611/98 - Improcedência da ação mantida por fundamentos diversos dos adotados na sentença - Apelação não provida. (TJSP. AC 990.10.141873-8. Rel. Des. Ulisses do Valle Ramos. Dj. 22.06.2010)

Sobre-estadia ou demurrage - Lapso prescricional para o exercício da ação de cobrança, em face da Lei 9.611, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências. Não há transporte com utilização de "container" que não seja multimodal, prescrevendo a ação de cobrança de sobreestadia, consequentemente, em 01 (um) ano (art. 22). Exclusão de contratos nestas condições. Exclusão de contratos com prova insatisfatória dos termos finais previstos para a devolução dos cofres. Exclusão de contratos com ausência de consentimento das partes em torno da multa pela devolução em atraso dos cofres. Redução da multa contratual - Desproporcionalidade - Aplicação do art. 944, parágrafo único do NCC. Apelação provida em parte. (TJSP. AC 990.10.100243-4. Rel. Des. Luiz Sabbato. Dj 22.06.2010)

Hoje a 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo possui firme jurisprudência identificando o transporte de contêiner como, necessariamente, transporte multimodal.

Em decisão proferida nos Embargos Infringentes n. 0051682-77.2012.8.26.0000/50001, decisão autointitulada *Ensaio sobre o lapso prescricional para o exercício da ação de cobrança, em face da Lei n. 9.611, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências*, o relator Luiz Sabbato demonstra aquilo que já restou aqui comprovado: todo transporte com utilização de contêineres é multimodal.

Do teor do voto proferido nos Embargos Infringentes supracitados vale apontar a análise sobre a prescrição da *demurrage*:

Quando ainda em vigor o Código Comercial na parte em que regulava o transporte internacional, a jurisprudência era pacífica em torno do prazo prescricional para reclamar devolução de contêineres:

DIREITO COMERCIAL. PRESCRIÇÃO ÂNUA. SOBREESTADIA DE "CONTAINERS". CÓDIGO COMERCIAL, ART. 449, INCISO 3º. LEI Nº 6.288, DE 1975, ART. 3º. Na sobreestadia do navio, a carga ou a descarga excedem o prazo contratado; na sobreestadia do "container", a devolução deste se dá após o prazo usual no porto de destino. Num caso e noutro, as ações que perseguem a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso 3º, do Código Comercial. Recurso especial não

conhecido (Recurso Especial n. 176.903/PR, Relator o Eminentíssimo Ministro ARIPARGENDLER, DJ 09.04.2001, p. 351, JBCC, Vol. 190, p. 285, RSTJ Vol. 190, p. 299).

Nada obstante, havia renitência de pequena parte da jurisprudência que pensava de modo diferente.

Sendo assim, de se considerar que a nova lei veio para por uma pá-de-cal da divergência, deixando bem claro que a prescrição, no sistema multifário de transporte de cargas, é anual:

Artigo 22 - As ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado da data da entrega da mercadoria no ponto de destino ou, caso isso não ocorra, do nonagésimo dia após o prazo previsto para a referida entrega, sob pena de prescrição.

Face, porém, às imprecisões de redação, alguns preferiram entender que, estando revogado o Código Comercial nesta parte e, por outro lado, na hipótese de contratação de transporte porto a porto, o lapso prescricional seria de 10 (dez) anos, como previsto no artigo 205 do Código Civil. Vale dizer, seria o prazo prescricional genérico, o mais amplo da legislação atualmente.

Ora, não foi essa a intenção do legislador ao viabilizar a métodos modernos no carregamento e descarregamento de cargas em portos marítimos, aperfeiçoando o comércio internacional. Aliás, seria um retrocesso fixar um prazo de 10 (dez) anos, quando o anterior, pelo próprio Código Comercial, era de apenas 01 (um) ano.

Esse retrocesso se acentua quando se cogita que, contratado um transporte internacional, coisa que hoje se faz com maior rapidez que no passado, pudesse a relação contratual ser discutida 10 (dez) anos depois.

Não fosse, ademais, a interpretação da mensagem legislativa - confrontando os artigos 2º e 3º da lei para se entender que o sistema multifário abrange não apenas o transporte em si, mas o conjunto dos serviços portuários - caberia ao hermenêuta se perguntar qual o lapso prescricional mais condizente com o aperfeiçoamento dos portos, com a redução dos custos e a eficácia das transposições, para destravar o comércio internacional: o anual ou o decenal.

Na construção da Europa, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Cortes Europeias, com sede em Luxemburgo, interpreta o Tratado de MAASTRICHT, em caso de dissidência, levando em consideração qual a vertente mais vantajosa à preservação da união do bloco.

Seria o caso, portanto, nas contingências das hipóteses em testilha, de optar pelo prazo anual, considerado que o prazo do Código Civil é demasiadamente longo para encerrar os conflitos oriundos do Direito Comercial, de relações contratuais rápidas por excelência e por vezes concluídas até pelo fio de barba, sem instrumento escrito. (TJSP. AI 0051682-77.2012.8.26.0000. Rel. Des. Luis Sabbato. Julgamento em 18/09/2013)(grifos no original)

Assim, o entendimento proferido pela 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo é a que melhor define a natureza e a prescrição da *demurrage*, superando as correntes jurisprudenciais aplicadas até o momento.

5. CONCLUSÃO

Com a análise das normas de transporte brasileiro, da qual é possível reconhecer a existência de um direito de transporte brasileiro, o estudo realizado a partir da modalidade multimodal demonstra que a norma sobre transporte multimodal é suficiente e adequada a regulamentar a *demurrage*.

O equívoco no seu enquadramento jurídico dado pela jurisprudência, em razão de um “estrangeirismo jurídico” desnecessário, é uma das causas da grande dificuldade da definição jurídica da *demurrage*. Alias, conceituar a *demurrage* com institutos do sistema *common law* ou analisar a responsabilidade das partes a partir dos tratados internacionais sobre transporte marítimo ou das cláusulas estabelecidas no B/L, que também são amparadas pelas regras internacionais, é medida contrária ao Sistema Jurídico Brasileiro, que possui regras próprias sobre responsabilidade no transporte marítimo e não internalizou qualquer tratado sobre transporte marítimo.

Após o estudo realizado sobre o modo em que se realiza o transporte do contêiner e a maneira que se fixam as cláusulas de responsabilidade pela devolução da unidade de carga, verifica-se que a *demurrage* é obrigação acessória do contrato de transporte marítimo, e não contrato autônomo de aluguel ou comodato, atentando-se que todo transporte marítimo internacional realizado por meio de contêineres é, necessariamente, um transporte multimodal.

Pode-se afirmar também, sem sobra de dúvida, seu caráter de cláusula penal moratória, pois resta pré-fixada em termo de responsabilidade os prazos e valores da sobre-estadia do contêiner, sem depender da comprovação de culpa, já que nasce da simples mora.

Também foi possível identificar seu prazo prescricional, que não é outro que o previsto pela norma que regulamenta o transporte multimodal. O prazo prescricional tem início com o término do *free time*, momento em que o direito é violado e se inicia a pretensão. Cabe aqui ressaltar que, ainda que não fosse caracterizado como transporte multimodal, o sistema normativo brasileiro sempre utilizou a prescrição anual nos casos de responsabilidade derivada do contrato de transporte, na óptica empresarial, de modo que a aplicação analógica das normas de direito de transporte é medida que se impõe para a adequada integração jurídica.

Quanto aos sujeitos da obrigação, a *demurrage*, no polo ativo, é exigível pelo dono do contêiner ou seu locatário, ou seja, aquele que enfrenta a indisponibilidade

do contêiner. No polo passivo apenas o consignatário é sujeito devedor da *demurrage*, sendo que o personagem ‘consignatário’ é definido pelo Incoterm utilizado na operação, podendo ser a responsabilidade passiva do exportador, do importador ou seus representantes. Cabe ressaltar que a norma deixa claro que despachante aduaneiro é sujeito que atua única e exclusivamente nas obrigações administrativas relacionadas ao despacho aduaneiro, sendo que se assina termo de responsabilidade pela devolução do contêiner age com excesso de poder de mandato e responde isoladamente pelas cláusulas pactuadas.

Em relação às obrigações, cabe ressaltar que cabe ação regressiva nos casos em que a sobre-estadia decorre de fato relacionado à administração portuária ou fiscalizatória, seja em razão de greve no setor ou excessos na fiscalização da autoridade administrativa.

Dessa forma, é possível definir a natureza jurídica da *demurrage* como cláusula penal moratória fixada em termo de responsabilidade, cuja prescrição se opera no prazo de um ano, sendo sujeito ativo pela cobrança aquele que deixa de operar o transporte em razão da sobre-estadia do contêiner, seja o transportador/armador ou o armador sem navio, e sujeito passivo o consignatário, cuja responsabilidade está definida pelo Incoterm utilizados na operação de transporte, sendo que este possui direito de regresso quando a sobre-estadia decorre de ato da administração portuária ou fiscalizatória.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO, G. E. do. *Manual de direito internacional público*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. Competências. Disponível em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4871/Competencias.html>>. Acesso em 28.09.2013.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BRASIL. *Aprova o regulamento para a segurança, policia e trafego das estradas de ferro: Decreto n. 15.673 de 7 de setembro de 1922*.

_____. Câmara de Comércio Exterior. Resolução n. 21, de 07 de abril de 2011. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1311715093.pdf>. Acesso em 19.10.2013.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.572/2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filenome=PL+1572/2011>. Acesso em: 12/11/2013.

_____. *Código Comercial: Lei n. 556, de 25 de junho de 1850*.

_____. Constituição (1934) *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 28.09.2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28.09.2013

_____. *Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980: Lei 11.442 de 05 de janeiro de 2007*.

_____. *Institui o Código Civil: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*.

_____. Portal Brasileiro de Comércio Exterior. *Incoterms*. Disponível em <<http://www.comexbrasil.gov.br/conteudo/ver/chave/incoterms/menu/192>>. Acesso em 19.10.2013.

_____. *Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Decreto n. 18.871 de 13 de agosto de 1929*.

_____. Senado Federal. *Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado*. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70030094411*. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Décima Segunda Câmara Cível. Diário da Justiça 19/08/2011.

CAMPOS, João Vicente. *Anteprojeto de Lei Orgânica de Transporte*. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Rio de Janeiro, n. 154, 05 jul. 1940. Seção I, p. 12784-12817.

CASTRO, Almicar de. *Direito Internacional Privado*. 5 ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). *Direito Marítimo Made in Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Steeve Beloni Corrêa Dielle. *Obrigação e responsabilidade nos contratos internacionais de fretamento marítimos e sua aplicação no direito brasileiro*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica do Paraná: Curitiba, 2007. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024868.pdf>>. Acesso em 19.10.2013.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 2: Teoria Geral das Obrigações*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3 ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – parte geral*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Atlas, 1992.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Responsabilidade Civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos – Proteção Contra Cláusulas Abusivas*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

LACERDA, J. C. SAMPAIO DE. *Curso de Direito Privado da Navegação – vol. I Direito Marítimo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1969.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. _____. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. _____. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Atualizado por Osmar Brina Corrêa-Lima. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

MELO, Flávia Carvalho. *Os Limites à Cobrança de Demurrage de Contêineres*. Disponível em < http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/0298.pdf>. Acesso em 09/11/2013.

MENDONÇA, Fernando. *Direito dos Transportes*. 2 ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código Civil e Legislação em Vigor*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Oxford Dictionaries. Disponível em <<http://oxforddictionaries.com/definition/english/contain>>. Acesso em 29.09.2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Anteprojeto de Código de Obrigações*. Rio de Janeiro, 1964.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. Vol. 3. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Direito da Navegação – marítima e aérea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros: 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.). *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.